

Faculté de Droit de Paris

DE L'EXERCICE
DE LA
PUISSANCE PATERNELLE
ET DE LA
TUTELLE DES PARENTS NATURELS

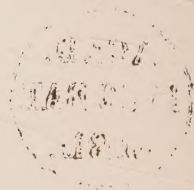
THÈSE
POUR LE DOCTORAT

Par Pierre SALATS

PARIS
IMPRIMERIE MAULDE, DOUMENC ET C^{ie}

144, RUE DE RIVOLI, 144

1901



Faculté de Droit de Paris

DE L'EXERCICE
DE LA
PUISSANCE PATERNELLE
ET DE LA
TUTELLE DES PARENTS NATURELS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS SERA SOUTENU
LE 23 MARS 1901, A 2 HEURES ET DEMIE

Par Pierre SALATS



PRÉSIDENT : M. André Weiss, *professeur.*

SUFFRAGANTS { MM. PLANIOL..... } *Professeurs.*
SALEILLES..... }

PARIS
IMPRIMERIE MAULDE, DOUMENC ET C^{ie}
144, RUE DE RIVOLI, 144
—
1901

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON GRAND-PÈRE

A MES PARENTS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550230_0046

AVANT-PROPOS

La faiblesse première de l'individu qui vient au monde, son incapacité totale, expliquent suffisamment la loi naturelle de protection qu'exercent les parents sur leurs enfants.

Cette protection est si nécessaire, qu'elle a toujours existé, comme un instinct du moins, chez toutes les espèces animales, instinct aussi chez l'humanité sauvage, pour devenir, avec la civilisation, même primitive, l'effet d'une sorte de tendresse, peut-être inconsciente, et prendre enfin, dans les Sociétés arrivées à leur complet développement, la forme complexe d'un devoir moral et d'un devoir strict sanctionné par la loi.

Elle commença par être simple dans son fonctionnement : nous voulons dire qu'elle était la même pour tous les individus, et ne trouvait guère son application que dans le domaine de la vie matérielle et physique.

Le progrès de la civilisation ne tarda pas à compliquer l'exercice de cette protection.

En passant de l'état de nature à l'état de société, l'individu qui, jusque-là, n'avait été que le titulaire virtuel d'un certain nombre de droits, en devenait le titulaire actuel et déterminé, ayant besoin d'une autorité plus haute et d'une expérience plus solides que les siennes pour les conserver, les défendre ou les poursuivre.

La loi pouvait-elle mieux faire, que de continuer la nature, en confiant aux parents l'exercice de cette autorité et de cette expérience ?

N'était-il pas juste, qu'en retour de leur peine ou même de leurs privations, elle leur conférât certains droits ?

Mais de bonne heure et chez beaucoup de peuples, le fondement de la Société reposa sur le mariage, source de la famille et protégé par la loi qui l'avait créé ; et le mariage devint la règle unique, le mode légal auquel la nature dût se plier, pour que la loi reconnût la descendance de l'homme.

L'adoption du régime artificiel ne pouvait, bien entendu, entraîner la désuétude de l'union naturelle qui persista. C'est ainsi qu'il en est dans notre Société consacrée et régie par le code civil, donnant asile à deux catégories de parents et d'enfants, à deux filiations nominalement distinctes, partant à deux familles : l'une, modelée selon la loi, par conséquent légitime, l'autre, créée suivant le seul instinct, sans égard au rite civil, par conséquent, illégitime.

De ces deux catégories de parents, identiques selon la nature, et qui sembleraient, de par le fait de la procréation, appelés aux mêmes devoirs et investis

des mêmes fonctions d'autorité et de protection, notre Société actuelle a légiféré différemment.

En ce qu'il a voulu s'attacher à la sauvegarde des intérêts de l'enfant, le législateur, dans les rares cas qu'il a prévus, a pensé, que la même puissance ne devait pas être mise aux mains du père naturel et du père légitime ; dans les autres, infiniment nombreux et graves, que la lettre n'a pas touchés, les commentateurs en désaccord et la jurisprudence hésitant à unifier un système d'autorité qui semblait n'avoir été créé que pour les parents légitimes, n'ont donné aux parents naturels, qu'une puissance incomplète, contrariée et d'un parallélisme brisé en regard de celle instituée par la loi.

Il n'est pas douteux que l'insolubilité des problèmes en cette matière s'est perpétuée par la double nécessité qui peut s'imposer à l'esprit, de les résoudre à l'aide de déductions analogiques, ou, d'écarter des textes qui ne leur sont pas strictement applicables.

Au point de vue légal, la paternité naturelle est un état, et la paternité légitime en est un autre, il est vrai ; mais aussi bien, ne peut-on pas dire que la puissance paternelle, telle qu'elle est organisée dans le mariage, n'est que la consécration d'un état naturel préexistant, — ce qui est conforme à la théorie philosophique de toute l'école évolutionniste avec M. Herbert Spencer au premier rang ?

Ainsi ramenée à la donnée d'une puissance dont la raison et l'efficacité résideraient dans le fait simple de la procréation. en quoi cette puissance est-elle très différente de cette autre, qui ne s'en distingue que par

un élément contingent : la modalité qu'elle a affecté pour prendre naissance ?

La restriction et l'entrave apportées à l'exercice de la puissance naturelle, n'apparaissent donc peut-être pas, avec une clarté certaine, comme un moyen sûr de sauvegarde pour l'enfant et pour ses intérêts.

Mais dans notre Société bâtie toute entière sur le mariage, l'homme qui a procréé hors lui, s'est mis avec son enfant hors la loi qui le régit. Faute d'une autre, fallait-il, juridiquement, même dans les cas d'une assimilation incomplète leur appliquer cette loi, et alors au moyen de quels détours et dans quelle mesure ? Ou bien, fallait-il, respectueux surtout, de ne rien ajouter aux textes, interpréter leur silence comme une exclusion (1) ?

(1) Pour ne pas nous écartier du plan que nous nous sommes tracé, nous n'envisagerons la puissance paternelle que dans ses manifestations actives, c'est ainsi que nous laisserons de côté la déchéance de la puissance paternelle. Au surplus, quant à la façon dont elle doit être poursuivie et quant à ses effets, cette déchéance est la même, qu'il s'agisse de parents naturels ou de parents légitimes.

De l'exercice de la Puissance paternelle

ET DE LA

Tutelle des parents naturels

CHAPITRE PREMIER

De la puissance paternelle sur les enfants nés hors mariage en droit romain.

Le droit romain, à proprement parler, ne connaissait pas cette catégorie d'enfants, que nous appelons aujourd'hui enfants naturels; cela tenait à l'organisation toute arbitraire de la famille romaine et à la notion que l'on avait alors de la *patriapotestas*.

On le sait, cette *patriapotestas* ne puisait pas sa force dans la filiation, mais au contraire, seulement dans le *jus civile* qui l'avait instituée pour la sauvegarde de l'autonomie familiale; le père l'exerçait donc, non seulement sur les enfants issus de son sang dans le mariage, mais sur toutes autres personnes, appartenant de façon différente et fictive à sa descendance. Que si, dans les textes, on rencontre l'expression

« *liberi naturales* », elle ne désigne pas le plus souvent, surtout à l'époque classique, des enfants qui seraient nés hors des *justæ nuptiæ*, mais au contraire des enfants légitimes, par opposition à d'autres, qui, dans la *familia* avaient les mêmes droits et le même état ; les enfants adoptifs (1).

Ce n'est pas à dire, loin de là, même, qu'il n'y eût pas de naissances dont les *justæ nuptiæ* ne fussent la source ; au contraire : l'esclavage si étendu et enraciné dans la société romaine, avait eu pour résultat de multiplier les enfants naturels ; ces derniers étaient en nombre infiniment plus grand que dans notre société actuelle, mais la loi les méconnaissait.

Les enfants étaient nombreux en effet, nés « *ex concubinato* » « *ex contubernio* » ou seulement « *vulgo quæsitî* », appelés indistinctement « *spurii* », que le législateur ignorait systématiquement. En droit, ils se trouvaient sans père, car le mariage était considéré comme le seul moyen de déterminer la paternité avec une vraisemblance, qui, dans la plupart des cas, pouvait être une certitude.

Pour eux, la volonté même de celui qui croyait les avoir engendrés, ne pouvait rien qui produisit comme l'effet d'une reconnaissance ; l'homme marié pouvait seul « *suscipere liberos* », et la paternité n'était permise que sous les auspices des *justæ nuptiæ* (2).

(1) Néanmoins, et pour défectueuse qu'elle soit, nous emploierons l'expression d'enfant naturel pour désigner en droit romain le même enfant qu'en droit français ; c'est-à-dire celui qui était né hors mariage. Les textes eux-mêmes s'en sont servis quelquefois, et l'usage d'une terminologie si usuelle rendra plus claire notre exposition.

(2) C'est ainsi qu'il faut comprendre le texte de Paul, dig. 5, de in jus voc.

Tout enfant né hors du mariage était donc un enfant sans père; le droit romain reconnaissait à la paternité légitime seule, un effet légal, toute autre était indifférente et ne pouvait être ni utile, ni nuisible à l'enfant, étranger qu'il était et quelconque vis-à-vis de son père, que celui-ci, d'ailleurs, pouvait adopter s'il le jugeait à propos.

Entre l'un et l'autre, il n'y avait même pas le lien de la cognation qui ne pouvait se nouer que par une filiation juridiquement certaine. Et cette même raison qui rendait impossible la paternité naturelle légale, faisait que ces « *spurii* » avaient toujours une mère, et à peine différente de ce qu'elle eût été comme mère légitime. En sorte qu'on a pu dire non sans raison, que les Romains n'avaient connu que la paternité légitime et la maternité naturelle.

La puissance paternelle du père naturel était donc nulle, puisqu'un tel père n'existait pas; et il fallait bien que toute manifestation de cette puissance fût impossible, pour que les textes n'en aient jamais parlé, car elle eût, sans doute, comme la puissance paternelle légitime, fonctionné dans l'intérêt exclusif du père, et non dans un but de protection pour l'enfant. Ce silence est significatif.

Il semble même résulter par *a contrario*, d'un texte de Modestin, que le père naturel ne pouvait être tenu de la dette alimentaire envers ses enfants.

11, 4. — « Quia mater semper certa est; etiamsi vulgo conceperit, pater vero is « tantum quem nuptiæ demonstrant. » Comme l'a fait remarquer M. Gide, ce texte n'a pas pour but d'imposer au mari la qualité de père; il veut seulement dénier cette qualité à tout autre qu'au mari.

Ce texte dit en substance, que dans le cas où un homme prétendrait qu'il n'a jamais été marié avec celle qui a toujours passé pour sa femme, il devrait prouver que cette dernière était une esclave ; pendant l'instance, il devait fournir des aliments aux enfants ; mais, une fois sa preuve rapportée et le jugement rendu en sa faveur, le fait d'avoir jusque-là élevé les enfants ne pouvait être le fondement d'aucune présomption à son encontre (1).

En outre, il est un fragment d'Ulpien qui présente une opposition manifeste et vient encore fortifier cette opinion. Il contient, en effet, à la charge du père, l'obligation de fournir des aliments à sa fille « *justa procreata* », alors que quelques lignes plus haut, il imposait le même devoir à la mère, vis-à-vis de ses enfants « *vulgo quæsitæ* » (2).

Il paraît donc certain que si le devoir alimentaire avait incombé au père dans tous les cas de sa paternité, la loi n'aurait pas eu besoin de lui imposer dans les deux espèces que nous venons de rapporter, et que si elle l'a fait, c'était pour qu'il fût bien établi que les aliments n'étaient dus qu'aux enfants légitimes demeurés tels jusqu'à preuve du contraire, ou à ceux reconnus « *juste procreati*. »

(1) Modestin au dig., l. 7 de agn. et al., lib. XXV, 3. — « Si neget, qui « maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum, eo quod eam, quæ se « uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit : alimenta quidem liberis « præstare interim compellendum ; sin autem constiterit eam servam fuisse, « nihil ei, qui pascendos curavit, in hoc præjudicium generare respondit. »

(2) Ulpien au dig., l. 5, § 4 de agn. et al., lib. XXV, 3. — « Ergo et matrem « cogemus præsertim vulgo quæsitos liberos alere.... »

§ 6 « Idem rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud « judicium, juste eam procreatam. »

A la vérité, certains textes semblent reconnaître au père naturel le droit de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants, mais il ne faut pas exagérer leur portée.

La règle fondamentale était que le père pouvait nommer un tuteur testamentaire aux enfants placés sous sa puissance : c'était là une manifestation de la *patriapotestas* se survivant à elle-même. Cette faculté n'appartenait donc, ni aux femmes, ni à l'homme qui n'avaient que des descendants *ex concubinato* ou par les filles.

Cependant une réaction se produisit. Par suite d'atténuations successives, on comprit que le tuteur désigné par tout autre que le père ne devait pas être systématiquement écarté, lorsque par ailleurs, le testateur avait donné au pupille les preuves d'une affection non équivoque en l'instituant son héritier : C'est ainsi qu'un étranger pouvait dans son testament donner un tuteur à l'impubère qu'il instituait héritier : à charge par ce tuteur de faire confirmer ses pouvoirs par le magistrat.

Or pour l'enfant naturel il en était sensiblement de même. Etranger à son père, le jour où un *extraneus* put donner un tuteur testamentaire à un impubère quelconque, le père naturel put en donner un à son enfant.

Nous savons en effet par un texte d'Hermogénien que le tuteur n'était pas valablement donné par le père à son enfant naturel, si ce dernier ne recueillait rien dans sa succession : qu'il fut donc institué ou

seulement légataire, et la validité de la clause qui nommait le tuteur, s'ensuivait comme pour tout autre.

Il faut convenir, toutefois, qu'au mépris du principe, ce même texte reconnaît au magistrat après une enquête, le pouvoir de confirmer le tuteur dans ses fonctions bien qu'aucune libéralité n'ait été faite à l'enfant naturel (1). Mais en observant que le code Hermogénien date de la fin du iv^e siècle, il n'y a pas lieu de s'étonner que dans une société avancée où le concubinat, mieux vaudrait peut-être dire concubinage, était un état si généralement reconnu, sinon une institution, il n'y a pas lieu de s'étonner, disons-nous, que les règles anciennes se soient un peu usées sous l'influence d'une philosophie plus indulgente et plus charitable, à moins que ce ne soit sous celle d'une morale moins pure.

Pourtant, si l'on s'en rapporte à certaine constitution de Justinien, la législation vers l'an 530 de notre ère aurait fait un recul : la nomination du tuteur devait toujours, d'après cette constitution, être ratifiée par le magistrat et l'exercice de son autorité ne pouvait s'appliquer qu'aux seuls biens laissés par le père naturel à son enfant (2).

Aussi bien, cette survivance de la *patriapotestas* à

(1) Hermogénien au dig., l. 7 pr. de conf. tut. XXVI, 5. — « Naturali filio, « cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre : nec sine inquisitione confir-
« matur. »

(2) Justinien au code., l. 4 de conf. tut. V, 29. — » Naturalibus liberis provi-
« dentes, damus licentiam patribus eorum in his rebus quas quocunque modo
« eis dederint, vel reliquerint {[scilicet] intra præfinitum nostris legibus
« modum) et tutorem eis relinquere : qui debet apud competentem judicem
« confirmari, et ita res gerere pupillares. »

elle-même, manifestée par la dation d'un tuteur destiné à administrer les biens légués ou donnés entre vifs à l'enfant naturel par son père, s'appliquait beaucoup plus à ces biens mêmes qu'à la personne du mineur, et s'accordait très exactement avec l'ensemble des idées romaines sur le droit complet pour le *paterfamilias* de disposer de son patrimoine.

Telles sont, pensons-nous, les seules manifestations, non pas tant à notre avis, de la puissance paternelle du père sur l'enfant naturel, que d'un rapport, qui pouvait se produire de l'un à l'autre, beaucoup plus en vertu de la loi commune qu'en vertu de la filiation.

Mais du moins, tous ces *spurii* avaient une mère : un lien existait entre elle et eux, lien certain, puisqu'ils lui empruntaient sa condition et son domicile, et que nous savons, d'ailleurs, que leur situation respective était à peu près la même, qu'ils fussent légitimes ou naturels ; mais il ne pouvait en aucune façon s'ensuivre pour la mère un droit semblable à celui du *paterfamilias* sur ses enfants.

Jamais une femme n'était investie de la *patria potestas*, même en qualité de mère légitime, et les différentes fonctions qu'elle pouvait exercer, comme mère naturelle, ne devaient pas en être considérées, à plus forte raison, comme la manifestation et l'exercice (1).

Comme l'a dit M. Gide, les enfants naturels, qui, vis-à-vis de leur père étaient absolument comme des

(1) Le mot de *materfamilias* existait, et on le trouve dans les textes, mais il n'était pas corrélatif de *paterfamilias*. Dans l'usage, on le réservait à la femme de mœurs honnêtes, l. 46, § 1 de verb. signif. dig. L. 16. — Ulpien l'emploie comme synonyme d'*uxor* : l. 1, pr. de concub. XXV, 7.

étrangers, vis-à-vis de leur mère étaient comme des enfants légitimes ; *a priori* nous dirons que les droits et les devoirs de la mère naturelle étaient les mêmes que ceux de la mère légitime ; en effet, la déduction logique, corroborée par les textes aboutit à cette conclusion.

Les limites d'ailleurs étaient très restreintes, dans lesquelles la mère avait la faculté ou le devoir d'agir ; et sauf en matière de succession, qui ne rentre pas dans notre sujet, nous ne voyons guère qu'il y ait lieu d'examiner d'autres questions que celles des aliments et de la tutelle.

Un texte d'Ulpien, dont nous avons déjà parlé (1), nous apprend que l'obligation alimentaire existait, particulièrement impérieuse, à la charge de la mère naturelle : elle comportait probablement plus que les aliments proprement dits, c'est-à-dire, tous les frais que pouvait entraîner l'éducation, et auxquels la mère légitime était tenue comme le père lui-même au cas d'indigence de celui-ci (2).

En ce qui concerne la tutelle, il faut d'abord écarter tous les enfants issus d'un *contubernium* ou venus au monde *in potestate*, pour ceux là, il ne pouvait être, en effet, question de tutelle.

Quant aux autres, nés *sui juris*, il fallait qu'ils fussent pourvus d'un tuteur : la loi Atilia, en effet, s'était inquiétée des impubères demeurés sans tuteur légitime

(1) Voyez ce texte, p. 12, n. 2.

(2) Ulpien au dig., l. 5, § 12 de agn. et al., liberis XXV, 3. — « Non tantum « alimenta, verumetiam cætera quoque onera liberorum patrem ab iudice cogi « præbere, rescriptis continetur. »

ou testamentaire et leur en faisait nommer un par le préteur urbain et la majorité des tribuns de la plèbe ; et comme le magistrat ne pouvait connaître tous les impubères, la mère était tenue pour ses enfants de provoquer la nomination d'un tuteur sous peine de perdre ses droits dans leur succession (1).

Or à partir de Justinien, la mère naturelle fut autorisée à exercer la tutelle sous trois conditions que nous trouvons rapportées au Code (2) ; elle devait jurer de ne pas se marier et de vivre chastement, renoncer à se prévaloir du S. C. Valléen, et consentir au pupille une hypothèque sur tous ses biens. Ajoutons que Justinien par une novelle de l'année 539 supprima le serment de ne pas se marier : désormais une simple promesse suffirait dont la violation entraînerait de plein droit la perte de la tutelle (3).

(1) Inst. Just., 3, III, § 6. — « Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ suboli consulere : scituris eis, quod, si tutores liberis non petierint vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur. » — Modestin au dig., 1, 2, § 1 qui petant tutores, XXVI, 6. — « Sunt autem quidam, quibus est necesse petere tutores, puta mater et liberti : ex his enim illa damnum patitur, hi autem et punitiuntur, si non petierint eos qui ex legibus defensores sunt ; mater enim expellitur a legitima filii hereditate, quasi existens indigna accipere hereditatem legitimam negligens ei constitui tutorem. »

(2) Justinien au Code, l. 3, V, 35. — « Si pater secundum nostram constitutionem naturalibus liberis in his rebus, quæ ab eo in eos profectæ sunt tutorem non reliquerit, mater autem voluerit eorum (sive masculi sint, sive fœminæ) subire tutelam, ad exemplum legitimæ sobolis liceat ei hoc facere, quatenus actis sub competenti iudice intervenientibus, iuramentum antea præstet, quod ad nuptias non perveniat, sed pudicitiam suam intactam conservet, et renunciât S. C. Vellejani præsidio, omnique alio legitimo auxilio, suamque substantiam supponat ; et ita filiorum suorum vel filiarum naturalium lubricem [eam] existere sancimus. »

3) Justinien nov. 94, cap. II, in fine. — « Propterea igitur sancimus aliam quidem observationem quam in matribus observamus, valere secundum

La mère naturelle ne jouissait pas seulement du droit d'exercer la tutelle, elle pouvait aussi la déférer par testament; les textes il est vrai ne lui confèrent pas ce droit nommément, mais il appartenait à la mère légitime et par conséquent, devait être reconnu à la mère naturelle et sous la même condition: que le mineur fut institué et que le tuteur fit confirmer ses pouvoirs sur enquête (1).

Telle était à peu près croyons-nous la puissance paternelle, très faible, des parents naturels sur leurs enfants.

Son inexistence dans la personne du père était la conséquence de l'omnipotence du *paterfamilias* dont la

« schema, et abrenuntiare eas et Vellejano S. C. et omni auxilio, et omnia
« agere, quæ prius decreta sunt: jusjurandum vero non præberi, sed sufficere
« abrenunciationem solam Vellejani et aliorum omnium; et de secundis nuptiis
« nullo jurejurando de hoc dando: mox tamen ut secundas contraxerit nuptias,
« repente expelli a tutela, et ea agi quæ si eam jurare contigisset, perferret,
« semel in judicium mentita, et præponens propriæ confessioni et depositioni
« secundas concupiscentias. »

(1) Neralius au dig., l. 2, pr. de conf. hit. XXVI, 3. — « Mulier liberis non
« recte testamento tutorem dat; sed si dederit decreto prætoris vel proconsulis
« ex inquisitione confirmabitur: nec satisdabit pupillo rem salvam fore. »

Papinien au dig., l. 69, § 2 de legatis XXXI. — « Mater filio impubere herede
« instituto, tutorem eidem adscripsit, ejusque fideicommisit, ut, si filius suus
« intra quatuordecim annos decessisset, restitueret hereditatem sempronio; non
« ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare,
« mater non potuit. »

Modestin au dig., l. 4 de test, tut. XXVI, 2. — « Pater herede instituto filio
« vel exheredato tutorem dare potest: mater autem non uisi instituto, quasi in
« rem potius, quam in personam, tutorem dare videatur. Sed et inquiri in eum
« qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cum a patre datus, quamvis
« minus jure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur; nisi si causa, propter
« quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus, vel ex
« divite pauperior effectus sit. »

Ce dernier texte ne mentionne pas l'institution du pupille, cela tient à ce qu'il n'examine pas la question de savoir si le tuteur est valablement nommé, mais celle de savoir si une enquête est nécessaire et si le tuteur devra fournir caution.

patriapotestas, pour conserver toute sa force ne devait s'exercer qu'au sein de la famille, dans un but religieux social et politique ; il fallait que les *justæ nuptiæ*, base de tout l'édifice romain restassent la source unique de cette puissance (1).

Le mal n'eût pas été grand, au contraire, que la mère exerçât une puissance plus complète, mais on ne concevait guère pour elle que des pouvoirs calqués sur ceux de la *materfamilias*, or celle-ci n'en pouvait avoir que d'infimes, elle, dont la personnalité était presque toute entière absorbée, que les mœurs faisait inférieure et dont la loi en toute matière consacrait l'incapacité.

(1) L'adoption sans doute engendrait la *patria potestas*, mais c'était par suite d'une fiction juridique qui mettait l'adopté dans la situation d'un enfant issu *ex justis nuptiis*.

CHAPITRE II

De la puissance paternelle sur les enfants nés hors du mariage dans l'ancien droit.

Du droit romain à la coutume, la transition fut longue, partant difficile à saisir et à isoler des deux droits, barbare et canonique si différents.

Au surplus, la puissance paternelle sur les enfants naturels ne semble pas avoir eu d'application dans le droit barbare, et les textes n'en examinent pas les conditions d'exercice.

Il est infiniment probable que l'enfant né hors mariage se trouvait sans famille, parce qu'il n'avait pas de père, car nous savons que chez les Germains, pour être sous la garde paternelle, sous le « *mundium* », il fallait être issu d'un mariage valablement contracté entre personnes de condition égale ; l'enfant naturel naissait affranchi de l'autorité du père, par conséquent hors la famille.

Les lois des peuples germaniques particulièrement rigoureuses à l'égard des enfants issus du mariage entre personnes de condition différente puisqu'elles

leur attribuaient la condition de celui de leur père ou mère qui se trouvait dans la pire, ne devaient pas être clémentes pour ceux dont la naissance n'était pas même excusable par l'intention d'un mariage, pour irrégulier qu'il fût.

Et en effet, les documents historiques sur la famille germanique, mieux encore que ceux que nous possédons sur sa législation, établissent comme certain, que l'enfant illégitime était considéré ainsi qu'un étranger, non seulement à la famille du père, mais aussi à celle de la mère.

Que celle-ci ait eu le devoir de nourrir et d'élever son enfant de par le droit naturel, il n'est guère douteux, mais il serait peut-être téméraire d'ajouter, que le père ait été tenu aux aliments de même, ou à son défaut.

De toute autre manifestation nous n'avons pas trace.

Ainsi donc, la tradition Germanique la plus ancienne, bien qu'elle n'en procédât point, envisageait la puissance paternelle naturelle de façon à peu près semblable que le droit romain, ou plutôt ne la concevait pas davantage et pour la même cause.

La puissance du père, avons-nous dit, ne pouvait s'exercer que dans l'intérieur de la famille, et le mariage était le seul mode qui put y faire entrer l'enfant.

Il serait aisé de démontrer l'utilité d'une méconnaissance aussi absolue, des enfants naturels par leur père, pour maintenir l'unité robuste de chaque groupe familial à une époque où la Société n'existait

précisément qu'à l'intérieur de chacun de ces groupes.

Nous ne pouvons cependant entreprendre une telle étude de sociologie.

Aussi bien, qu'elle qu'en ait été la raison, force nous est bien d'admettre que la puissance paternelle n'existait pas dans le droit barbare, puisque nulle part, il n'en est fait mention.

L'histoire de la France et des Français ne commence guère que vers la fin du x^e siècle, et coïncide, à peu près, avec l'avènement de la dynastie capétienne.

Sous l'influence de l'église qui a tant lutté pour maintenir le mariage dans son austérité, les anciennes coutumes n'ont accordé qu'une place très petite aux bâtards dans la société, en leur refusant accès au foyer de leur père et mère, si ceux-ci étaient mariés, et s'ils ne l'étaient pas, elles estimaient avoir assez fait en ne portant point atteinte au droit naturel.

Cependant, anciennement, à l'époque franque, il ne paraît pas que nos rois de la première et de la seconde race aient fait aucune différence entre leurs enfants légitimes et ceux qui ne l'étaient pas.

« En effet, Thierry bâtard de Clovis I^{er} partagea le
« royaume avec Clodomir, Childebert et Clotaire ses
« frères légitimes; Clovis second fils légitime de
« Dagobert I^{er} partagea aussi le royaume avec Sigebert
« son frère bâtard; enfin Louis et Carloman bâtards

« de Louis Le Bègue furent tous deux couronnés, à
« l'exclusion de Charles Le Simple, leur frère légitime.
« Mais il n'en était ainsi que pour les bâtards des
« princes ; tous autres étaient serfs » (1).

Durant leur vie, ces rois dont les bâtards se succédèrent avec leurs frères légitimes ou à leur place, avaient assurément, en fait, sur ces bâtards, un pouvoir de puissance égal à celui qu'ils avaient sur leurs autres enfants.

Ce n'était pourtant là qu'un fait isolé et exorbitant de la coutume, même dans la noblesse, et qui ne pourrait aucunement servir à fonder une théorie de la puissance paternelle à cette époque.

Les coutumes, avons-nous dit, s'étaient contentées de ne pas méconnaître le droit naturel à l'égard des enfants nés hors mariage, comme nous l'allons prouver bientôt, et tout à la fois, cette rigueur et cette pitié procédaient du droit canonique.

En effet, si l'Eglise en usait sévèrement à l'égard des bâtards en les écartant de toute fonction ecclésiastique, elle considérait cependant, que tous enfants quelle que fût la honte de leur naissance pouvaient demander des aliments à leurs auteurs. Ce qui n'empêche, que tous les anciens documents attestent, que, vers le règne de Hugues Capet, à l'époque où le régime féodal était déjà organisé et où notre législation commençait à prendre un caractère national, les bâtards étaient traités comme serfs ou mainmortables.

Il semble donc, que leur naissance ne les faisait

(1) Voir d'Aguesseau, t. VII, *Dissertation sur les bâtards*.

pas rentrer dans la famille et qu'ils restaient étrangers à leur père, tout au moins.

L'absence de tout lieu entre les parents et les bâtards étaient si certaine, que l'on alla même jusqu'à nier l'obligation alimentaire, et nous lisons dans Loisel : « Quelques coutumes disent qu'un bâtard, « depuis qu'il est né, est entendu hors pain, mais « l'on juge que, qui fait l'enfant, le doit nourrir (1) » ; et le même explique ailleurs : «que la raison en « est, que de droit naturel, qui fait l'enfant, doit le « nourrir, à l'exemple des animaux, qui n'aban- « donnent point leurs petits jusqu'à ce qu'ils soient « assez forts pour chercher des aliments (2). »

Ce principe au reste, n'a été que rarement méconnu, et les textes pourraient être accumulés, qui en sont la preuve : nous citerons encore ce passage de la coutume de Paris : (3) «aliments sont dus aux « enfants naturels par leur père, s'ils n'ont un établis- « sement certain. »

Pour n'avoir mentionné presque jamais la mère, les coutumes n'entendaient pas l'exonérer de la dette naturelle des aliments ; mais elle n'y était tenue qu'à un degré un peu moindre que le père lui-même, c'est-à-dire à son défaut, bien que diverses coutumes voulussent qu'elle fût la principale obligée durant le premier âge où l'allaitement et les soins délicats rendent la mère indispensable à l'enfant.

Mais cela ne pouvait constituer le moindre embryon

(1) L. 1, *Des personnes*, 41.

(2) L. 1, § 3, *De just et jure*.

(3) L. 3, t. III, *Des bâtards*, art. 11.

de puissance paternelle, et la même unanimité qui proclamait l'obligation de nourrir ses bâtards, refusait aux parents sur eux une telle puissance.

La preuve en est, que les bâtards nés libres, se trouvant sans famille ni ressources, étaient donnés au seigneur exerçant sur eux son droit de puissance seigneuriale qui remplaçait la puissance paternelle ; et entre autres, un arrêt du parlement de Paris, en date de 1267, adjuga au comte de Blois tous les bâtards de son comté, lui donnant gain de cause contre le bailli d'Orléans, agissant au nom du roi.

Qu'il y ait eu ainsi, conflit entre deux suzerainetés, n'est-ce pas encore l'indice bien évident qu'il ne pouvait être question de famille pour les enfants naturels, et par conséquent, qu'ils ne pouvaient être soumis à la puissance paternelle ?

Aussi bien, les auteurs quoi que n'ayant pas prévu la puissance paternelle naturelle, — Dumoulin par exemple, ne la mentionne nulle part, — les textes, çà et là font remarquer son inexistence ou bien notent, que certaines facultés n'ont aucune corrélation avec elle.

La coutume de Paris dispose en effet (1) : « Néanmoins, le père ou la mère sont admis à venger la mort l'un de l'autre, et d'en recevoir des intérêts civils, car cela est réputé de droit naturel..... » : nous savons déjà comment il faut entendre ces derniers mots.

Une des manifestations les plus importantes de la

(1) L. 3, t. III, *Des bâtards*, art. 5.

puissance paternelle, est assurément, l'autorisation à mariage. Or le bâtard, cela n'est pas douteux, pouvait se marier sans le consentement de ses parents comme n'étant pas soumis à la puissance paternelle (1), et Pothier écrit (2) : « Les bâtards jouissent de l'état
« civil commun à tous les citoyens, mais ils n'ont pas
« les droits de famille..... ils n'appartiennent à aucune
« famille, toute parenté naturelle provenant d'une
« conjonction illégitime n'étant pas considérée dans
« notre droit. »

Dans le dernier siècle de l'ancien régime, après que le droit du Seigneur et le servage eurent été abolis, une justice prévoyante dut s'occuper des enfants, qui en d'autres temps avaient trouvé une sorte de refuge dans la puissance seigneuriale. Elle choisissait celui des deux parents qui lui inspirait le plus de confiance, pour lui permettre de diriger l'éducation de l'enfant.

Pourtant, ce soin était plus généralement confié à la mère. Quand la conduite des deux parents pouvait causer de justes appréhensions, les arrêts ordonnaient eux-mêmes le placement de l'enfant dans une maison d'éducation. Mais ce n'était pas le droit de garde exercé par les parents en vertu de leur paternité, ce n'était qu'une délégation de l'autorité souveraine. Ce n'était pas, d'ailleurs, le seul cas où la justice intervint entre parents et enfants naturels.

On n'admettait guère qu'un homme riche et de bonne famille, se bornât à procurer à son enfant

(1) Ainsi jugé par un arrêt du Parlement de Paris de 1662.

(2) *Traité des personnes et des choses*, t. IV, n° 118.

illégitime, le strict indispensable à la vie : il devait l'élever convenablement eu égard à son rang et à sa fortune.

« L'obligation des parents, dit Fournel (1), envers
« leurs enfants naturels, ne se réduit pas au simple
« nécessaire, *ad victum et vestitum*, mais elle s'étend à
« proportion des facultés et de la condition. »

On trouve dans le *Recueil* de Bardet (2), un arrêt du Parlement de Paris, du 18 juin 1607, qui fit justice de l'avarice d'un riche bourgeois du Mans envers ses enfants naturels : Deux garçons nés de son commerce avec sa servante avaient été élevés chez lui avec soin ; mais, vers l'âge de 17 ans, ils désirèrent un état. Il ne voulut leur faire apprendre que le métier de boucher, de serger ou de boulanger à leur choix et se refusa à leur prétention qui n'allait que jusqu'aux professions de drapier ou de cirier.

Ses offres ayant été déclarées suffisantes par la sénéchaussée du Mans, la cause fut portée, sur appel, devant le Parlement. A l'audience, l'avocat-général Lenain fit observer, dit Bardet :

« Que le père avait des biens considérables qui le
« mettaient en état de faire beaucoup mieux pour ses
« enfants ; qu'il était de l'intérêt public que les enfants
« fussent élevés selon l'état et les facultés de leurs
« parents ; que les métiers de boucher, boulanger ou
« serger offerts aux appelants, étaient ce qu'il y a de
« plus vil et mécanique et ne remplissait pas les

(1) *Traité de la séduction*, p. 194.

(2) T. II, chap. XIV.

« obligations du père ; que, par conséquent, c'était le
« cas d'adjuger aux appelants leurs conclusions. »

Et l'arrêt statua en ces termes.

Mais ce n'était pas là une manifestation du devoir d'éducation, tel qu'il est imposé aujourd'hui ; ce n'était qu'une application un peu étendue du devoir alimentaire naturel.

Il est vrai, à tort, selon nous, qu'on a soutenu que la mère avait un certain droit de puissance paternelle sur ses enfants naturels, en se fondant sur certaines coutumes, notamment celle de Valenciennes, qui lui reconnaissait un droit de succession.

Mais, puissance paternelle et aptitude à succéder sont deux choses différentes, entre lesquelles n'existe aucune corrélation nécessaire, puisque la seconde se rencontre à différents degrés où il ne peut être nullement question de la première.

De ce que les auteurs, à toute époque, ont passé sous silence la puissance paternelle en même temps qu'ils ont nié l'existence d'un lien entre les bâtards et leurs parents, comme nous l'avons montré, ne résulte-t-il pas suffisamment que la puissance naturelle n'existait pas ?

Elle n'existait pas plus qu'en droit romain et pour les mêmes raisons.

La Société, basée sur le mariage, avait conféré un ensemble de droits aux époux sur leurs enfants ; aux autres, dont elle ignorait l'union pour ne l'avoir point consacrée ; elle n'en avait donné aucun, soit par calcul, soit par oubli.

Peut-être, la dernière hypothèse est-elle la plus

vraisemblable, puisque dans sa réaction outrée, le législateur intermédiaire qui a fait la loi du 12 brumaire an II, n'a cependant pensé qu'aux droits de succession, et que notre droit actuel, malgré sa tendance favorable aux enfants naturels, n'a que si imparfaitement régi une puissance paternelle dont elle a nettement, pourtant, posé le principe ?

CHAPITRE III

DROIT ACTUEL

Introduction.

En abordant le droit civil, la question devient toute autre.

Et tout d'abord, remarquons qu'il ne peut être ici question que des enfants naturels reconnus, c'est-à-dire de ceux dont la filiation est présumée certaine à l'égard de ses père et mère, ou seulement de l'un d'eux ; car tous autres, n'ayant légalement ni père ni mère, ne peuvent être soumis à une puissance paternelle quelconque.

Il n'est plus besoin maintenant, de rechercher s'il existe une puissance paternelle sur les enfants naturels, mais seulement, s'il y aura toujours lieu de l'appliquer dans les mêmes cas que la puissance paternelle légitime, ou si, au contraire, le Code a donné aux parents naturels une puissance modifiée ; au profit de qui cette puissance s'exercera, et parfois, sous quelles restrictions ; enfin, si la plénitude des droits attachée à cette puissance quand ce sont les parents légitimes qui l'exercent, demeure entière au profit des parents naturels.

C'est qu'en effet dans notre droit actuel, il n'est point douteux, que les parents naturels soient investis de la puissance paternelle ; et si le législateur n'en a pas constitué le système, il en a toutefois consacré le principe par divers articles.

Mais, pour certain que soit ce principe, son application n'en est ni moins difficile, ni moins délicate, quelquefois même elle est impossible ; car l'ensemble des règles, destinées à le développer et assurer son exercice, suppose l'état de mariage préalable, et, presque toujours en présence, le mari et la femme avec chacun, des droits inégaux, et cette dernière, investie seulement, d'une puissance paternelle plénière à défaut du premier.

Il est donc aisé d'entrevoir que des règles faites pour des gens mariés, dont l'un dépend de l'autre, ou encore qui sont formelles, puisque la lettre en contient toujours les termes de « mariage » et « d'époux », puissent être d'une adaptation très imparfaite à d'autres, qui ont une capacité égale, et entre lesquels n'existe pas de lien ; et qu'elles aient pu faire naître des controverses si difficiles.

Nous essaierons d'en donner un aperçu, sans nous flatter, cependant, de les résoudre.

I. — Devoir d'entretenir et d'élever les enfants naturels.

Il est un premier devoir, qui incombe aux parents : c'est celui de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

Que ce soit un devoir moral, et même un devoir de droit naturel, personne ne le contestera.

Celui qui a donné la vie à un être, lui doit, ainsi qu'à la société, de ne point le laisser périr.

Même s'ils ne l'ont pas reconnu, les parents naturels ont le devoir de subvenir aux besoins de l'enfant qu'ils ont engendré ; à plus forte raison, lorsqu'ils ont hautement revendiqué leur paternité, doivent-ils assurer son entretien : c'est l'obligation alimentaire (1).

Dans le langage de nos lois, cela se dit : fournir des aliments, que de pourvoir à la nourriture, à l'entretien personnel d'un individu, lui donner un abri, lui prodiguer des soins en cas de maladie, lui procurer même un mince bien-être, eu égard à la situation respective de celui qui donne et de celui qui reçoit.

Cependant, cette obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants dont nous avons commencé par poser le principe moral et naturel, pour les parents illégitimes, est-elle aussi bien établie en droit positif ?

Au moment de la confection du Code civil, il est vrai, la tradition faisait aux parents un devoir strict de fournir des aliments à leurs enfants naturels.

En gardant le silence sur ce point, le législateur a-t-il entendu maintenir cette tradition, ou rompre avec elle ?

La presque unanimité des auteurs, en concluant nettement, *a priori*, par extension de l'article 203, à

(1) A vrai dire, lorsque l'enfant n'a pas été reconnu, il ne peut s'agir que d'une obligation morale, l'obligation naturelle ne pouvant prendre naissance que s'il y a filiation certaine, c'est à-dire au cas seulement d'une reconnaissance.

l'obligation pour les parents naturels, de nourrir leurs enfants, adoptent la première solution.

Mais les raisons qu'ils en donnent sont toutes de sentiment.

Sans doute, il y a des devoirs qui sont tellement grands, que la loi n'a pas besoin d'aider à leur accomplissement.

Cette dette de la nature, que les animaux eux-mêmes paient, se pourrait-il, que les hommes ne la reconnaissent pas ? Car au-dessus de la loi positive, et plus forte qu'elle, il y a la loi du cœur et de la conscience ; la loi de l'instinct.

Refuser des aliments à ses enfants, c'est non seulement méconnaître un devoir, c'est commettre un crime : « *Necare videtur qui alimenta denegat* ».

Devant l'oubli du législateur, il est permis au commentateur de souhaiter une réforme et d'employer l'autorité de sa parole pour l'obtenir. Mais il ne doit pas la tenir pour toute faite parce qu'elle s'impose d'elle-même à la conscience et à la raison.

Si impérieux que soit un devoir naturel, et si nécessaire que paraisse son accomplissement, il ne peut être mué ainsi, sans texte, en un devoir strict, car c'est la lettre seule, qui fait la loi positive.

Vainement, nous semble-t-il, on opposerait la tradition.

Les exemples sont nombreux, en diverses matières, de traditions consacrées par un texte du Code, ou abolies par son silence. Ne fallait-il pas qu'il en fût ainsi, puisque désormais un droit écrit nouveau remplaçait tout droit coutumier ou autre ?

Les articles 756 et suivants et 762 et 764 du Code civil, n'établissent en aucune façon la dette alimentaire des parents naturels envers leurs enfants. Le droit successoral et le droit alimentaire sont bien distincts, et nous savons telles personnes habiles à succéder, qui ne pourraient aucunement réclamer des aliments.

Plus spécialement, même, on ne saurait argumenter des articles 762 et 764 qui consacrent, non pas un droit au profit des enfants adultérins ou incestueux, mais une prohibition expresse, en ce qui les concerne, de toute libéralité qui ne soit très modique et qui n'ait un caractère strictement alimentaire.

Logiquement, en droit positif, on aboutit à l'absence d'une obligation civile pour les parents naturels, de nourrir et élever leurs enfants.

La tradition la plus ancienne, la plus haute notion de morale, l'instinct le plus constant et le plus irréductible ne peuvent nous amener qu'à l'aveu d'un devoir naturel que nous savons nous imposer volontairement, mais dont nulle sanction ne pourrait assurer l'accomplissement.

Cependant, dans l'ordre des faits, il en est tout différemment.

La doctrine, suppléant à la lettre du Code, a voulu voir dans la filiation naturelle, une cause d'obligation aussi fortement astreignante que la filiation légitime, et l'a sanctionnée de la même façon. La jurisprudence, émue par le très faible argument, en droit, d'une morale et d'une charité si pures et si équitables, pour en consacrer la théorie, a forcé la loi.

Nous ne discuterons pas si leur œuvre combinée a été bonne, ou s'il eût mieux valu n'appliquer que strictement la loi, au détriment de l'équité.

Nous nous bornerons à constater qu'il n'est pas un père ou une mère naturels qui, méconnaissant le devoir qui lui incombe de par sa paternité, ne puisse être contraint à le remplir.

Telle est la jurisprudence actuelle.

Que l'engagement de subvenir aux besoins d'un enfant naturel, engagement pris envers la mère, par celui qui se croit le père de l'enfant, soit licite et obligatoire, en tant qu'ayant pour cause un devoir de conscience : cela ne fait doute (1). Et par suite l'exécution peut en être poursuivie en justice, bien qu'il n'ait pas été l'objet d'une acceptation expresse; et cet engagement n'est pas moins valable, parce que l'étendue de la subvention promise n'a pas été spécifiée. Le Tribunal saisi, devra donc déterminer le point de départ et la durée de la pension annuelle payable à l'enfant.

Mais de plus, en cette matière, et sans contrat préalable, il est de jurisprudence constante, qu'il appartient aux juges saisis d'une demande en provision alimentaire, d'apprécier la position du demandeur, l'étendue de ses besoins. Il leur appartient également, de juger, si ceux auxquels les aliments sont demandés ont fait ce qu'ils devaient faire pour donner au demandeur les moyens de pourvoir lui-même à ses besoins,

1) Orléans, 2 mars 1881. D., 1882, 2, 244. Cass., 3 avril 1882. S., 1882, 1, 404.

et s'ils doivent être affranchis de toute obligation ultérieure.

Aisément, on pourrait accumuler les jugements et les arrêts journaliers sur cette question, qui n'est plus quant à présent controversée.

Et, à moins qu'elle ne se déjuge, ce qui est improbable, la Cour de cassation a fait loi en ce sens (1).

L'obligation pour les parents de fournir des aliments à leurs enfants, dérive du fait même de leur paternité, aussi bien à l'égard des enfants naturels, que des enfants légitimes.

Par suite, celui qui s'est reconnu le père d'un enfant naturel, peut être condamné à lui fournir des aliments alors même qu'il n'a pris aucun engagement formel, à cet égard.

II. — Éducation. — Garde. — Correction.

Éducation.

Les aliments, dont nous venons de parler, ont pour objet la conservation de la personne et son bien-être : l'éducation se rapporte à son avantage moral.

Elle est aussi un devoir de puissance paternelle.

Il est difficile, à la vérité, de préciser son étendue, parce qu'elle varie, presque avec chaque individu, suivant sa condition, sa culture intellectuelle et son développement moral.

(1) Cass., 13 juillet 1886. S., 1887, 1, 65.

Ce devoir découle d'une philosophie très élevée et très pure, et son importance est considérable au point de vue social.

Du soin, en effet, que les parents auront apporté à son accomplissement, dépendra pour l'homme à venir, la saine évolution de son être moral.

D'une façon générale, il doit consister dans un effort constant, pour diriger l'âme indéfiniment perfectible de l'enfant, vers le beau et le bien.

Ainsi exposée, l'éducation semble demeurer dans le domaine purement spéculatif : la pratique de la vie qui en avilit la notion lui donnera une portée moindre, mais en permettra l'application, par chacun, à ses enfants.

Les parents, donc, qu'ils soient légitimes ou naturels, ont le devoir, par leurs exemples et leurs préceptes, d'éclairer leurs enfants sur le bien et sur le mal ; de développer leur intelligence par une instruction en rapport avec leurs ressources et la situation sociale qu'ils occupent, et d'employer leur autorité bienveillante ou sévère à en faire des êtres capables de comprendre, dans la vie, les devoirs qui incombent à chacun et de les accomplir sans défaillance.

Il est clair, que la loi ne pouvait s'étendre sur un devoir qui est avant tout un devoir moral.

Mais, elle ne l'a ni méconnu, ni omis, puisqu'elle a prononcé la déchéance de la puissance paternelle contre les parents indignes d'être les premiers maîtres de leurs enfants, et qu'aux autres, respectueux de leur tâche et désireux de l'accomplir, elle a donné, pour les y aider, les droits de garde et de correction.

Droit de Garde.

Il n'y a pas de texte dans notre loi, qui donne aux parents naturels un droit de garde formel sur leurs enfants.

Nous ne croyons pas, cependant, qu'on ait jamais songé à la leur refuser.

L'article 383 du Code civil en donnant aux parents naturels le droit de correction sur leurs enfants, suppose, bien évidemment, qu'ils exercent sur eux, la garde.

Presque tous les auteurs admettent cette solution, et M. Demolombe l'a étayée de raisons solides.

Le droit de correction est un moyen donné aux parents d'exercer efficacement leur garde, c'est-à-dire d'assurer le respect de leur autorité — et nous voulons parler ici, des parents légitimes.

Or, en déclarant ce pouvoir de correction, commun aux parents naturels, il est certain, que la loi a voulu accorder à ces derniers un pouvoir de garde sous-entendu et préalable. De quoi, en effet, pourrait leur servir la correction, s'ils n'avaient pas l'autorité dont ce droit n'est que le moyen (1)?

L'examen du projet de loi qui est devenu le titre de

(1) Relevé dans un arrêt de la Cour de Lyon du 8 mars 1859 :

« Considérant qu'aux termes de l'article 583 la mère naturelle a sur la « personne de son enfant le droit de correction. — Qu'elle a, par conséquent, le « droit de garde et le droit d'éducation, puisque le droit de correction suppose « les deux autres dont il n'est que la conséquence et la sanction. » D., 1859, 2, 141.

la puissance paternelle, au Code, éclairera encore l'intention du législateur.

L'article 6 de ce projet était ainsi conçu : « Les articles du présent titre seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus. »

A la discussion, pour des raisons que nous aurons à examiner plus loin, on estima qu'il valait mieux retirer aux parents naturels l'usufruit légal : on reforma donc le projet et l'article 6 fut modifié.

Mais il arriva que sa rédaction trop compréhensive d'abord, fut trop restrictive ensuite, et l'énumération qu'il contient, devait certainement s'étendre à des articles qu'on a omis de mentionner.

Nous pouvons donc considérer que l'enfant naturel est placé sous l'autorité de ses père et mère, jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

En conséquence, ils ont le droit de diriger son éducation, de lui donner telle instruction qu'ils jugent convenable, dans l'établissement de leur choix ; et ils ont le droit d'exiger, que leur enfant demeure avec eux ou dans la résidence qu'ils lui ont fixée.

Il est constant, comme l'on sait, que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire, pour réprimer les abus de puissance paternelle sur les enfants légitimes et pour en modifier, même, pour en suspendre l'exercice, dans la personne des père et mère (1). Or ce pouvoir ne peut pas être moindre, à l'égard des parents naturels.

(1) Toutefois, ce pouvoir leur est contesté depuis la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance.

Les effets de la puissance que ces derniers sont aptes à exercer n'étant point définis, ou l'étant très imparfaitement, on s'explique, que le pouvoir réglementaire du juge et son arbitrage puissent prendre, en cette matière, l'importance plus grande d'un soin plus minutieux.

Peut-être, même, l'absence de prescriptions générales précises, est-elle la preuve non pas d'une négligence du législateur, mais du souci qu'il aurait eu de ne pas poser d'avance sans voir et sans connaître une règle trop absolue, partant, dangereuse, à l'égard des père et mère naturels ; réservant dans tous les cas l'intérêt de l'enfant et de la société même, grâce à la faculté ainsi laissée au magistrat, d'exercer plus pleinement, une autorité discrétionnaire, susceptible de varier selon chaque espèce.

Il faut donc reconnaître, en matière de puissance paternelle naturelle, l'intervention du juge comme toujours possible et légitime dès qu'il y a conflit. Le juge est investi du droit de décider à qui, du père ou de la mère d'un enfant naturel reconnu, doit être confiée la garde ; il doit en ce cas se déterminer, d'après l'intérêt de l'enfant ; et le père naturel n'a pas comme le père légitime un droit de préférence à cet égard (1).

A qui appartiendra, en définitive, la garde de l'enfant naturel ?

Si de ses père et mère, l'un seulement a reconnu

(1) Riom, 26 juillet 1854, S., 1855, 2, 13.

l'enfant, celui-là seul et sans conteste en aura la garde.

Que si tous deux ont fait une reconnaissance et que l'un soit mort ou incapable d'exercer la puissance paternelle, le survivant ou celui qui est capable, aura la garde de son enfant.

Mais la question devient plus délicate et plus complexe, lorsque le père et la mère ont tous deux reconnu leur enfant et qu'ils semblent tous deux également capables d'exercer leur autorité : car *a priori*, tous deux ont un droit égal, et cependant, il est inadmissible qu'ils puissent l'exercer concurremment.

Aucun des textes écrits en vue de la puissance paternelle légitime ne peuvent donner une solution analogique. Le mari exerce une puissance maritale sur sa femme, et par suite, son autorité sur les enfants communs est prépondérante ; mais entre parents naturels, il n'existe aucune suprématie du père sur la mère ; ils sont égaux, puisque la loi n'a pas dit qu'ils ne seraient pas tels ; la mère peut faire échec au père, et l'un en présence de l'autre sont à peu près comme des époux divorcés : le cas régi par l'article 302 est, sans aucun doute, le mieux analogue à celui qui nous occupe.

Certains auteurs ont prétendu, qu'il fallait, quand même, accorder au père une préférence sur la mère en lui conférant régulièrement la garde de son enfant naturel (1) ; la meilleure raison qu'ils donnent pour

(1) Voir Demolombe, t. VI, n° 626. Valette sur Proudhon, t. II, p. 218, note 4. Marcadé, t. II, art. 383, n° 2. Zachariæ, t. IV, p. 85. Taulier, t. I, p. 488.

appuyer leur décision est celle-ci : que le père offre une garantie plus grande d'autorité vigilante, parce que l'enfant porte son nom ; personne, plus que lui, n'est donc intéressé à ce que nulle honte ne vienne le ternir.

La raison ne nous semble pas très décisive : l'expérience prouve que le souci du nom n'est pas toujours assez fort chez les pères, même légitimes, pour qu'ils exercent leur puissance paternelle avec l'énergie bienveillante et le discernement qu'il faudrait ; et de plus l'exercice d'une autorité paternelle fondée sur l'intérêt personnel de celui qui l'exerce et non sur l'intérêt de celui qui la subit, est une autorité comprise à rebours du vœu de la loi et de laquelle, les effets plus nuisibles que profitables à l'enfant sont à craindre.

Nous aimons mieux décider que le père et la mère sont égaux en puissance paternelle (1).

La situation des parents naturels d'un enfant est parfois si différente ! Leur fortune, leur éducation, leur milieu si opposés !

En accordant d'avance à l'un, la préférence sur l'autre on peut ainsi vouer l'enfant à une condition inférieure ; c'est peut-être décider qu'il vivra d'une vie misérable dans un milieu non éclairé. Au lieu qu'élevé par celui de ses auteurs dont la situation serait plus heureuse, il lui aurait été assuré une vie plus intellectuelle dans un monde d'une moralité meilleure.

Aubry et Rau, t. VI, § 571, p. 211, note 8. Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1150, *in fine*.

(1) Voir Toullier, t. X, n° 1076. Delvincourt, t. I, p. 407. Loiseau : *Des enf. nat.*, p. 553. Duranton, t. III, n° 360. Riom, 26 juillet 1854, S., 1855, 2, 13, précité. Paris, 10 avril 1872. D., 1872, 2, 144.

Et aussi bien, puisque nous avons admis, en commençant, comme un régulateur nécessaire, l'intervention arbitrale du juge, ne peut-on pas considérer, qu'en définitive, la puissance qui s'exercera sur l'enfant, sera la meilleure et la plus féconde ?

Il arrivera sans doute parfois que le père et la mère d'un enfant naturel, vivront ensemble, tels des gens mariés.

Peu importe, alors, que nominalelement ce soit l'un ou l'autre qui exerce la puissance paternelle ; en fait ce sera tous deux, d'accord, ou bien l'un tout seul, en vertu d'un ascendant plus grand, accepté par l'autre.

Le plus souvent, les parents vivront séparés ; peut être que cependant, aucune difficulté ne surgira : l'un, exerçant la garde sur l'enfant commun, du gré de l'autre, averti de son intérêt ou indifférent. Ainsi dévolue, l'autorité sur l'enfant offrira la garantie la plus grande.

Au premier cas, en effet, par suite d'un arrangement proposé et consenti entre le père et la mère, l'enfant sera confié à l'un d'eux, dont la puissance promettra d'être profitable, puisqu'il aura bien voulu en assumer les devoirs. Une telle convention n'a rien d'impossible ni d'illicite, puisque l'accord des parents aurait pu placer leur enfant sous la garde d'un tiers (1).

Certes, nous ne voulons pas dire que ce sera là un contrat obligatoire par lui-même et qui pourra faire la loi des parties ; non, mais que si cette convention est attaquée, les tribunaux auront pour mission d'exami-

(1) Caen, 27 août 1828 .S., 1830, 2, 245.

ner, si elle est avantageuse à l'enfant, et s'il est de son intérêt, en vue de son éducation morale et physique, qu'elle soit maintenue.

Et si le juge reconnaît qu'il importe de confirmer ces dispositions prises par les parents à l'égard de leur enfant naturel, ce faisant, il leur donnera l'autorité même de la loi dont il est l'organe.

N'est-il pas très sage et très moral, en effet, que, si le père a consenti à ce que sa fille naturelle fut élevée par sa mère, honnête et rangée, cet accord soit maintenu, surtout si le père, lui, est un dissipateur et un débauché?

Au deuxième cas, si pendant un certain temps, le père, sans souci de son enfant, l'a laissé à la garde de la mère, cette dernière, de par la tendresse qu'elle lui a prodiguée seule, n'est-elle pas tout naturellement désignée comme la meilleure gardienne?

Et si ensuite, le père veut revendiquer son droit, et exercer à son tour la garde que lui donne la loi, ne sera-t-il pas juste de prononcer, que ce droit a été diminué, en quelque sorte, par le premier abandon de son enfant, diminué, en regard du droit de la mère qu'elle a grandi et fortifié, par l'exercice vigilant et continu de son devoir?

Aussi, pensons-nous qu'il y aura présomption favorable pour son maintien dans une puissance dont elle a volontairement assumé les premières charges.

Cette présomption, d'ailleurs, qui existera toujours en faveur de l'un ou de l'autre, au cas de contestation, pourrait peut-être servir à trancher la question de savoir qui exercera la puissance paternelle, en cas de

conflit, provisoirement, jusqu'au jugement à intervenir.

Certains auteurs cités plus haut en apportent la solution en disant qu'il faudrait, malgré le silence de la loi, accorder au père un droit supérieur de puissance paternelle; il l'exercerait donc pendant l'instance.

Cependant, nous trouvons préférable d'admettre que la possession détermine le gardien légal, ou plutôt le gardien provisionnel, en vertu de la présomption de sollicitude plus active dont nous avons parlé plus haut.

Le juge n'aura donc qu'à examiner la valeur de cette présomption « *juris tantum* », toujours susceptible à la vérité d'être détruite; en aucun cas, cependant, il ne sera substitué au père et à la mère quant à la puissance paternelle, et si parfois, il édictera certaines mesures, ce sera seulement en tant que juge départageant des plaideurs, et non comme exerçant cette puissance en leur lieu et place (1), car il n'appartient aux tribunaux que de confier la garde de l'enfant naturel reconnu, à l'un ou l'autre des parents, en prenant toujours pour règle l'intérêt de l'enfant qui ne doit jamais être perdu de vue; et celui des deux, du père ou de la mère, qui n'en a pas obtenu la garde, ne pourra se soustraire à l'obligation de participer à son entretien, en offrant de prendre avec lui, l'enfant confié à l'autre (2).

Le juge ainsi suppléera la loi, chaque fois que son silence rendra cette intervention nécessaire.

1) Voir, en sens contraire, les considérants d'un arrêt de la Cour de Paris du 10 mai 1894, et qui nous semblent très contestables, D., 94, 2, 534.

(2) Tribunal civil de Remiremont, 30 janvier 1896. Tribunal civil d'Auxerre, 23 janvier 1897. Tribunal civil de la Seine, 23 novembre 1897. Cour de Douai, 6 février 1899.

Il est comme un tuteur virtuel des enfants naturels, sa mission commence avec le premier conflit de leurs parents (1), son pouvoir s'étend à toutes contestations qui peuvent surgir et dure jusqu'à ce qu'elles soient définitivement éteintes.

Par une sagesse plus éclairée et un désintéressement que n'a pas vicié la passion et les rancunes, il soustraira l'enfant aux influences néfastes, et saura le placer, dans son intérêt et celui de la société, hors de la zone dangereuse des disputes mesquines et avilissantes d'une puissance paternelle qui doit à ses yeux demeurer entière et forte pour être respectée.

Droit de correction.

Sur le droit de correction des parents naturels, le titre de la puissance paternelle contient un texte : l'article 383, qui leur déclare applicables comme aux parents légitimes les articles 376, 377, 378 et 379.

Au premier examen, il résulte donc, que l'enfant naturel peut-être détenu soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition, selon son âge, ainsi qu'il est dit aux articles 376 et 377, qu'aucune formalité n'est exigée plus, que si l'enfant est légitime, et que l'engagement de pourvoir à son entretien doit être souscrit; qu'enfin le père, ajoutons aussi, la mère, sont maîtres d'abrégier la détention.

La même question se pose ici comme pour le droit

(1) Nous ne parlons pas du cas où il pourrait y avoir à statuer à la requête du ministère public, ce qui sera infiniment rare.

de garde, de savoir, qui, du père ou de la mère exercera le droit de correction.

Ils ont tous les deux le même pouvoir, bien qu'un, seulement, puisse l'exercer.

La doctrine enseignée par certains auteurs, et notamment par Demante (1), nous paraît d'une application impossible : ils voudraient que les parents n'agissent point l'un sans l'autre et que l'enfant corrigé, le soit toujours par une sévérité commune : or, une telle mesure n'est écrite nulle part et l'intérêt de l'enfant ne l'exige pas.

Conformément aux articles 376 et 377, le père ou la mère naturels pourront indépendamment l'un de l'autre faire détenir leur enfant, c'est-à-dire que le Président du Tribunal ne pourra pas refuser l'ordre d'arrestation pour la raison que, l'un seulement du père ou de la mère l'aura requis : et à cela, nous ne voyons pas d'inconvénient.

Pour plus de clarté raisonnons sur une espèce.

Une mère naturelle veut faire détenir son enfant. Peut-être vit-elle maritalement avec le père ; et alors la mesure de correction bien que prise par elle seule, émane certainement d'une volonté double, qui équivaut à une action commune.

Peut-être, vivant séparée d'avec le père, celui-ci a-t-il connu l'intention de la mère, si donc, il l'a laissée agir, ne peut-on pas inférer qu'il l'approuve, ou du moins, qu'il ne juge pas utile de l'entraver : donc encore, pour tacite qu'il soit, l'accord existe entre eux.

(1) T. II, art. 383.

Peut-être, enfin, désintéressé de leur enfant, le père a-t-il ignoré, — parce qu'il n'a jamais pris souci de lui — que la mère voulût le faire détenir. N'est-ce pas juste, alors, que la mère qui a exercé depuis longtemps sur l'enfant une surveillance active, qui connaissant le mieux ses défauts, ses vices, même est la mieux capable d'apprécier les moyens de l'en corriger, puisse seule, exercer le droit de correction ? Lui imposer le concours du père, indigne peut-être, en tous cas, mal préparé à l'exercice de son droit, n'est-ce pas lui retirer à elle une part de ce droit, parfois même lui retirer tout à fait, si le père refuse de lui prêter aide, ou demeure introuvable ? —

Dans tout ce qui précède, nous avons considéré comme non douteux que la mère naturelle pût exercer la correction par voie d'autorité.

A la vérité cela n'est pas sans conteste, et Demolombe qui enseigne que les articles 380, 381 et 382 sont applicables aux parents naturels tout comme les articles 376 et suivants, n'hésite pas à conclure logiquement que la mère naturelle ne pourra pas plus que la mère légitime faire détenir son enfant par voie d'autorité, puisque son système repose sur ce principe, qu'il est inadmissible que les parents naturels aient une puissance paternelle plus grande que les parents légitimes.

Cependant, comme nous le verrons plus loin, si cet auteur a beaucoup forcé l'article 383 en lui donnant une signification trop compréhensive et sous-entendue à l'égard des articles 380, 381 et 382, en revanche il feint d'en ignorer la lettre relativement à l'article 376.

L'article 383 porte en effet : « Les articles 376, etc...
« seront communs aux père et mère des enfants
« naturels reconnus. »

Le sens est pur de toute équivoque, et nous n'hésitons pas à décider que la mère pourra exercer la détention sur son enfant, par voie d'autorité.

S'il est vrai toutefois qu'il est contraire aux principes et à la morale d'accorder à la mère naturelle une autorité plus grande qu'à la mère légitime, ne peut-on pas soutenir, qu'en égard à cette morale même, il serait utile de faire fléchir ici la règle ?

L'enfant naturel n'a pas de famille, le législateur ne lui en donne pas. Très souvent, cet enfant ne connaît que sa mère ; voilà pourquoi, la loi a pu chercher à munir celle-ci de plus de pouvoir, pour qu'elle puisse obtenir plus d'égards, n'ayant pas, comme la mère légitime, un appui dans l'ascendant, toujours plus ou moins fort, des parents paternels, sur l'enfant qui se révolte contre sa puissance (1).

Ainsi, croyons-nous, l'exercice isolé du droit de correction ne peut-être néfaste, au lieu que son exercice forcément simultané peut-être plus nuisible que profitable.

En fait, ce sera presque toujours celui des parents qui aura la garde de l'enfant qui sera appelé à se servir du droit de correction, car il est seul bien situé pour savoir si l'enfant a mérité d'être détenu, s'il y a lieu de lui appliquer la peine, et dans quelle mesure.

(1) Voir en sens contraire. Demolombe, t. VI, p. 519 et suivantes.
Demante, t. II, sous art. 383, n° 128 bis, § 9.

Mais, si la garde n'a pas été formellement donnée à l'un des père et mère, et qu'un conflit s'élève au moment d'user de correction envers l'enfant, le juge comme nous l'avons dit plus haut interviendra et par le même jugement statuera sur la garde et sur la mesure de correction actuelle.

Sur la mesure de correction actuelle, disons-nous, car nous ne croyons pas, que ce jugement puisse statuer sur le droit de correction future, et qu'en donnant la garde de l'enfant à l'un des père et mère, il puisse retirer à l'autre le droit de correction.

Le juge, même, à notre avis, n'aurait pas le droit de prononcer, que le père ou la mère privé de la garde, sera privé du droit de correction.

Sans doute, ce droit est la conséquence et la sanction du droit de garde, et il semble, que celui des parents à qui n'incombe pas l'éducation de l'enfant n'en ait pas besoin.

Mais avant tout, c'est un droit de puissance paternelle, et il n'apparaît pas qu'on soit déchu de cette puissance sur son enfant parce qu'on n'exerce pas sur lui la garde. Nous ne pensons pas qu'on puisse contester au père naturel le droit de consentir seul au mariage de son enfant et celui de l'émanciper, n'eût-il pas sur lui la garde ; pourquoi donc alors, lui refuserait-on l'exercice de la correction, dans ce même cas ?

Beaucoup d'auteurs ne soulèvent même pas la question, tellement ils tiennent pour vérité prouvée que la garde et la correction sont inséparables l'une de l'autre.

Nous croyons au contraire, qu'il faudrait la déchéance paternelle prononcée pour que le père ou la mère ne puisse exercer la correction, et que le fait de n'être pas le gardien de l'enfant ne peut avoir ce résultat.

La garde et l'éducation confiée ainsi à l'un des père et mère ne l'est jamais que sous le contrôle de l'autre qui peut toujours, qui doit, même, intervenir chaque fois que l'intérêt de l'enfant, mal sauvegardé par le gardien, l'exigera.

Supposons une mère, qui aurait la garde de son enfant naturel, soit qu'elle l'ait toujours exercée de fait, soit même qu'elle se la soit vu confier par le juge, à un moment très voisin de la naissance, où les soins de la mère sont indispensables à l'enfant ; supposons le père ni indigne, ni dénué de tendresse, et que tout en paraissant abdiquer au profit de la mère, il n'ait jamais cessé de suivre de loin le développement de son enfant, aux besoins duquel il a, d'ailleurs, contribué dans la mesure de ses ressources.

L'enfant grandi, tend à s'affranchir d'une autorité qui le gêne ; sa mère, aveugle ou trop faible, ne prend aucune mesure contre les premiers écarts du jeune homme. Que si le père alors, intervenant, fait détenir l'enfant, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition, il agira dans la plénitude de son droit.

En aucun cas, même averti par la mère, le Président du Tribunal ne devrait refuser l'ordre d'arrestation pour cette raison seulement que le père n'exerçait pas la garde, puisque l'article 376 lui reconnaît seulement le pouvoir d'examiner le bien

fondé et la valeur des motifs pour lesquels la détention est requise.

Que si le père, au lieu d'être guidé par une sagesse plus ferme que celle de la mère, ne l'a été que par le désir de faire échec à son autorité, nous déciderons de même, puisque tel est, croyons-nous, le principe dont il ne faut pas s'écarter ; mais elle aura toujours le moyen de faire cesser la détention infligée à tort, en vertu du droit qu'elle possède, égal à celui du père, ainsi que nous l'avons admis, conformément aux articles 378 et 383 combinés.

Peut-être, cependant, puisque le conflit doit nécessairement se produire, fera-t-elle plus sagement en se pourvoyant devant le juge des référés pour le voir cesser aussitôt, sans user de son droit qui à son tour pourrait être annihilé par celui du père.

On nous opposera, les difficultés perpétuelles qui ainsi se reproduiront entre le père et la mère, surtout, s'il y a eu procès entre eux pour l'exercice de la garde ; — nous ne nierons pas, en effet, qu'elles puissent influencer sur le respect et la soumission que l'enfant doit à ses parents, mais du moins ces difficultés, grâce à l'autorité du juge, seront vite aplanies.

Et d'ailleurs si parfois le conflit n'est pas purement vexatoire, l'intérêt de l'enfant n'exige-t-il pas alors que ce conflit soit élevé ?

Sans doute, il est regrettable, que l'enfant entre son père et sa mère puisse être parfois une chose qu'ils se disputent et une arme aux mains de chacun, tour à tour, contre l'autre, mais si pour éviter des dissensions entre les parents, on méconnaît l'intérêt de

l'enfant lui-même, qui exige que son éducation soit faite avec fermeté et discernement, on méconnaît aussi le vœu de la loi.

Et c'est pour nous conformer le plus strictement à cette loi, que nous conservons au père et à la mère qui n'a pas la garde, le droit de correction.

L'abus qui pourrait en être ainsi fait sera facilement réprimé par le juge. Et puisqu'aussi bien, rien dans la loi ne donne au gardien l'exercice exclusif de ce droit, si parfois son autorité molle ou négligente se voit suppléer par une autre plus vigilante et plus ferme, habile à entraver l'enfant dans ses écarts, peut-être, alors, est-ce ainsi, que l'intérêt de l'enfant aura été le mieux compris et sauvegardé.

Nous savons que les articles 380, 381 et 382 apportent quelques restrictions à la correction paternelle légitime, dans certains cas qu'ils prévoient et dont voici la portée :

Le père remarié, ne pourra jamais faire détenir son enfant que par voie de réquisition ; la voie d'autorité lui est désormais refusée, de peur que l'animosité d'une marâtre ne le pousse à l'emploi, contre son enfant, d'une mesure de correction injustifiée.

La mère survivante, même non remariée, ne pourra agir que par voie de réquisition, et encore devra-t-elle obtenir le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant. Par l'argument *a contrario*, on décide donc que si elle est remariée, elle ne pourra plus d'aucune façon le faire détenir.

Enfin l'enfant qui aura des liens personnels, ou qui

exercera un état, ne pourra être détenu que par voie de réquisition.

Restrictions sages que l'on peut fort bien considérer comme utiles à étendre, dans la mesure ou le permet la différence d'état, aux parents naturels.

Cependant, soit oubli, soit raison, le législateur, dans son article 383 n'a pas nommément compris ces dispositions, dans celles qu'il stipule applicables aux parents naturels ; il en est résulté un grave désaccord dans la doctrine et la profession de plusieurs systèmes divergents.

Nous les exposerons pour la clarté de notre étude et la justification de celui que nous adopterons, comme le moins défectueux.

M. Demolombe (1) dans une théorie dont il est le principal défenseur et qui a fait beaucoup d'adeptes, enseigne que les articles 380, 381 et 382 seront applicables, par analogie, aux parents naturels.

• Ils devront l'être, dit-il, car s'il est vrai que l'article 383 ne les mentionne pas, ce n'est là qu'une omission qui n'est pas sans précédent ; les articles 371, 372 et 374 ne le sont pas non plus, et cependant, nul ne conteste que l'enfant naturel doive honneur et respect à ses parents et soit soumis à leur autorité, jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

D'ailleurs, on sait que l'article 383 se trouvait primitivement à la fin du projet de loi, et que, l'on n'a changé sa place et modifié sa rédaction, que sur l'ob-

(1) Demolombe, t. VI, p. 515, n° 637. Voir, dans le même sens, Marcadé, t. II, sous l'art. 383, n° 2.

servation faite, qu'il y avait lieu de retirer aux parents naturels la jouissance légale ; il n'y a donc qu'une erreur matérielle qui n'obscurcit pas l'intention du législateur.

Enfin, la logique, la morale et l'intérêt de l'enfant se refusent à admettre que les parents naturels soient armés d'une puissance paternelle plus grande que les parents légitimes, auxquels une plus grande confiance doit être faite, puisqu'ils ne se sont pas rendus, tout d'abord suspects, par inconduite.

Une seconde théorie, professée par Ducaurroy et Demante (1), admet les conclusions de la précédente sur l'article 382. Cet article, à leur dire, qui, sans égard à l'état et à la qualité du parent qui exerce le droit de correction, protège la position spéciale de l'enfant, comprend donc dans sa généralité, les enfants naturels, comme les autres.

Quant aux articles 380 et 381 qui se réfèrent bien certainement au cas d'un second mariage, il est impossible d'en faire application aux parents naturels dont les relations illicites ne peuvent avoir aux yeux de la loi les effets d'une première union légitime.

Une troisième théorie, selon nous plus rigoureuse et plus juridique, se refuse en tous points à admettre, que les articles 380, 381 et 382 puisse régir la puissance paternelle des parents naturels.

A supposer que le texte sur lequel nous discutons soit défectueux et incomplet, il est du moins clair, et sa lettre ne comporte point d'interprétation.

(1) Ducaurroy, t. I, sous art. 383, n^{os} 561 et 562.

Demante, t. II, sous art. 383, n^o 128 bis, § 5.

Les deux opinions que nous venons d'exposer, ont le tort grave, de substituer une loi nouvelle à la loi existante ; ce qui ne laisse pas que de les discréditer tout d'abord.

En outre, elles prétendent s'appuyer avant tout, sur l'intérêt de l'enfant, mais cet intérêt pourrait peut être se comprendre autrement que ne l'ont fait ceux qui les ont émises. On peut dire que le véritable intérêt de l'enfant, est de se voir dominer par une autorité très éclairée et très sévère qui surveille son éducation et le développement de ses qualités intellectuelles et morales, qui sache aussi, réprimer sans faiblesse les premiers écarts précurseurs des premières fautes graves.

Les parents, qu'ils soient légitimes ou naturels, doivent disposer d'une autorité paternelle très grande que les sentiments naturels d'affection viendront tempérer suffisamment ; et une loi qui permettrait trop souvent, d'échapper à l'autorité paternelle serait une loi tout à l'encontre de l'intérêt bien compris de l'enfant dont elle se réclamerait.

L'expérience prouve assez souvent que les parents pèchent bien plutôt par une indulgence exagérée que par une sévérité injuste. Si cependant, le législateur a cru devoir restreindre la puissance paternelle des parents légitimes dans certains cas, c'est parce qu'il était averti, que la plus sage tendresse peut être parfois moins forte qu'un entraînement passionnel momentané ; à cet égard les articles 380 et 381 se justifient beaucoup mieux que l'article 382.

Mais ne l'eût-il pas fait, il n'est pas prouvé que

l'enfant eût été victime d'une puissance paternelle exercée avec iniquité, et parce qu'ici, les raisons sur lesquelles s'appuient la loi ne sont pas invincibles, il ne semble pas impérieux d'appliquer cette loi à un cas, analogue seulement, si le législateur a omis de le faire.

Si l'on oppose qu'il n'est pas logique que tous les parents n'aient pas la même puissance, nous serons forcés d'en convenir, mais nous contesterons quand même qu'il faille ajouter à la loi pour la sauvegarde de la logique.

Quant à soutenir, qu'il est immoral de laisser aux parents naturels une autorité plus étendue qu'aux parents légitimes sous prétexte que les premiers doivent inspirer moins de confiance que les seconds, et qu'entre leurs mains, par conséquent, elle peut être plus nuisible que profitable à l'enfant, cela peut sembler exagéré.

Non certes, on ne peut dire que ce soit immoral, car la puissance paternelle, entre les mains des parents, n'est pas un bénéfice qu'on leur accorde, ni une faveur qui leur est faite, ce n'est qu'un moyen, à eux fourni, de remplir jusqu'au bout, un devoir difficile, et l'avantage est nul, qu'ils peuvent tirer pour eux-mêmes d'une autorité demeurée entière.

L'usage qu'ils feront de leur droit de correction aura toujours pour but l'intérêt de leur enfant : car il n'y a pas de raison au prime abord, pour craindre que cet intérêt ne soit pas sauvegardé.

En quoi le sort de l'enfant naturel entre les mains

de ses parents, est-il plus aventuré que celui de l'enfant légitime, entre les mains des siens ?

Lorsqu'on dit que par leur faute initiale les parents naturels se sont rendus suspects aux yeux de la loi, nous ne pensons pas qu'on se réfère à leur affection paternelle ; la légitimité de l'union ne modifie pas la nature, et l'homme ou la femme, qui, ayant eu un enfant, ont fait acte de tendresse par surcroît, qui, après l'avoir mis au monde, au lieu de l'abandonner l'ont reconnu et adopté, ce père ou cette mère, disons-nous, ont-ils mérité qu'on augure mal de leurs sentiments et qu'on les juge indignes de guider fortement leur enfant jusqu'à l'âge d'homme ?

Peut-être même, loin d'avoir à souffrir d'une puissance paternelle aussi absolue, l'enfant naturel en recueillera-t-il à la fin un avantage moral.

Un peu isolé, dans une situation qu'il pourrait trouver insuffisante, privé des exemples fortifiants qu'un autre puiserait dans les familles voisines, unies et disciplinées, disposé par là même à se montrer insoumis et irrespectueux, peut-être importait-il, que le père ou la mère d'un tel enfant, fussent mieux armés pour le retenir dans ses entraînements et le conduire plus fermement dans la vie.

Tout bien considéré, et pardessus, la lettre de la loi, nous aimons mieux décider, que les articles 380, 381 et 382 ne peuvent concerner les parents naturels.

A ceux, qui voudraient que l'article 382 leur fut seul déclaré commun parce qu'il dispose en égard seulement à la position de l'enfant, qui est la même, qu'il soit légitime ou naturel, nous répondrions que

c'est précisément dans les cas où l'enfant se sent le plus capable d'indépendance, qu'il importe davantage de le maintenir plus étroitement ; d'ailleurs, et quant aux biens, les sûretés que la loi a instituées sont suffisantes.

En conséquence :

La mère naturelle pourra faire détenir par voie d'autorité, son enfant âgé de moins de seize ans, puisque l'article 383 déclare l'article 376 applicable « aux père et mère naturels ». — Elle n'aura pas besoin du concours de deux personnes pour le faire détenir par voie de réquisition.

Le père et la mère naturels, pourront toujours faire détenir par voie d'autorité, leur enfant âgé de moins de seize ans, lors même qu'il aurait des biens personnels ou qu'il exercerait un état.

Le père naturel malgré son mariage avec une autre que la mère, et la mère naturelle, malgré son mariage avec un autre que le père, conservent tous deux sur leur enfant la plénitude du droit de correction (1).

Nous n'avons pas parlé, jusqu'à présent, de la disposition finale de l'article 382 qui donne à l'enfant détenu la faculté d'adresser un mémoire au Procureur de la République, pour obtenir sa mise en liberté au cas d'une détention imméritée. D'après la rédaction du titre, cette faculté semble, bien évidemment, refusée à l'enfant naturel, puisqu'elle ne lui est pas accordée.

(1) Duranton, t. III, n° 360. Proudon, t. I, p. 248. Taulier, t. I, p. 484. Aubry et Rau, t. IV, p. 83 (ancienne édition). Laurent, t. IV, n° 357.

Il serait cependant difficile, de réprouver une jurisprudence qui accueillerait le mémoire d'un enfant naturel injustement détenu.

Une telle mesure ne fait pas échec à la puissance paternelle. Il est utile, que le ministère public dont le contrôle doit s'exercer en cette matière, puisse être averti. Il serait informé, que quelque part un enfant naturel est détenu sans motifs, il aurait assurément le droit d'intervenir.

Ce serait alors une iniquité flagrante, que de priver l'enfant, du moyen d'avertir lui-même le magistrat, qui doit veiller à l'intérêt de tous dans la société.

Domicile.

Il nous reste à examiner, relativement aux droits sur la personne de l'enfant naturel, quel sera son domicile.

Tout d'abord nous pouvons écarter le cas où un tuteur aura été nommé, car il est certain que l'enfant sera domicilié chez ce tuteur conformément à l'art. 108 al. 2, du code civil (1).

La question nous paraît de même facilement soluble si un seul des deux auteurs a reconnu l'enfant, car nous ne voyons guère qu'on puisse songer à le domicilier ailleurs que chez son père ou sa mère qui a fait acte de reconnaissance.

Que si enfin le père et la mère ont tous deux

(1) Civ. rej., 9 mai 1889. S. 89, 1, 436.

reconnu l'enfant et qu'ils demeurent séparément nous inclinerions à penser que ce dernier aura le domicile de celui chez qui il demeurera, et qui en fait se trouvera exercer sur lui la garde : cette solution nous semble même nécessaire si l'on admet comme nous l'avons fait que le père et la mère naturels ont sur leur enfant reconnu un droit égal (1).

Et nous ne saurions en cela nous ranger à l'avis de MM. Aubry et Rau (2) qui donnent à l'enfant le domicile de son père, en se fondant sur ce fait, qu'il est tuteur légal, car, on verra plus loin que nous avons pensé devoir refuser au père naturel cette qualité, et admettre, même, que la tutelle dative peut tout aussi bien être conférée à la mère si pour quelque raison le père en est moins digne.

III. — Usufruit.

Le Code civil ne parle nulle part des biens des enfants naturels, de sorte que les opinions sont diverses, en ce qui les concerne ; et comme une comparaison toute naturelle s'impose entre ces biens et ceux qui appartiennent aux enfants légitimes, nous examinerons s'ils doivent être régis de façon identique ou analogue.

L'article 384 accorde au père légitime pendant le mariage, et après la dissolution du mariage au survi-

(1) Voir Huc, 1, 388. Baudry-Lacantinière, 1, 309.

2° T. 1, p. 890, n° 10.

vant des père et mère, la jouissance des biens de leurs enfants, jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant cet âge.

On a soutenu, que les parents naturels avaient la jouissance légale des biens de leurs enfants telle qu'elle est instituée en l'article 384, en se fondant sur ceci, que le droit de succession accordé aux parents naturels, et incontestable, supposait évidemment, le droit d'usufruit — beaucoup moindre — puisqu'il ne porte que sur les revenus.

En outre, s'il est vrai que l'usufruit des parents légitimes est le dédommagement des charges qui leur incombent, les parents naturels y ont le même droit, puisqu'ils sont astreints à la même tâche (1).

Un article du projet, dit-on, accordait la même puissance et les mêmes droits aux père et mère des enfants naturels.

Le législateur qui a reconnu que cette puissance, uniquement fondée sur la nature, ne recevait de la loi civile qu'une confirmation, a dû, pour être conséquent, accorder au père et à la mère qui reconnaissent légalement leur enfant naturel, et sur cet enfant, une puissance et des droits semblables à ceux auxquels donne naissance une union légitime.

C'est ainsi, que, dans le titre relatif au mariage, le législateur a exigé de l'enfant naturel qui veut se marier, le consentement du père ou de la mère qui l'auront légalement reconnu.

(1) Salviat : *De l'usufruit*, t. II, p. 110, et Loiseau : *Traité des enfants naturels*, p. 550.

C'était donc déclarer d'une manière explicite qu'on entendait ne mettre aucune différence en cette matière entre les cas où le mariage établissait, dès le principe, un rapport certain de paternité et de filiation, et celui, où une reconnaissance volontaire établissait ce rapport.

L'interprétation d'ailleurs ainsi restrictive de l'article 383 mènerait forcément à l'exclusion semblable des articles 203, 371, 372, 373, 374; à refuser aux père et mère, et enfants naturels la faculté de se demander des aliments, à nier que les enfants naturels soient sujets à aucune tutelle, car après tout, aucun texte ne leur a appliqué nommément ces dispositions.

Les partisans de cette théorie, qui cependant ne peuvent disconvenir que l'article 383 ait changé de place et de rédaction lors de la discussion, prétendent — bien que les apparences soient contraires, disent-ils — que la modification apportée à la rédaction du Code n'aurait pas eu pour motif, la pensée d'enlever au père et à la mère l'usufruit légal, mais seulement, de ne pas consacrer par une disposition générale, une similitude complète entre les parents légitimes et les parents naturels, en laissant aux tribunaux le soin d'apprécier et de décider la question.

Cependant, aucun des arguments que nous venons de relever, ne nous semble assez probant pour arrêter l'opinion.

Nous préférons nous ranger à l'avis contraire que beaucoup d'auteurs adoptent et que la jurisprudence consacre.

Le moyen qui repose sur l'existence d'une succes-

sibilité entre l'enfant naturel et son père est dénué de force, car l'aïeul hérite de son petit enfant, et cependant l'usufruit légal n'existe pas à son profit.

L'argument emprunté au titre du mariage n'a pas plus de valeur : de ce que, l'enfant naturel, au moment de prendre un si grave parti est forcé de requérir le consentement de son père, il n'en résulte pas que ce dernier doive être investi des droits que la législation positive ne lui confère pas, et par là même, lui dénie.

Et pour les mêmes motifs, si restreinte que soit l'énumération contenue en l'article 383, les articles 203 et 371 et les dispositions relatives à la dette alimentaire ne peuvent être écartés, parce qu'ils découlent du droit purement naturel qu'il était, à la rigueur, superflu de mettre en loi.

Les articles 372, 373 et 374 ne peuvent l'être davantage, car l'article 383 deviendrait un non sens ; il est bien certain, en effet, comme nous l'avons déjà expliqué, que, d'avoir donné aux parents naturels le moyen de correction, c'était bien leur supposer le droit d'éducation qui en est le but.

Quant à dire, que l'on ne devrait pas non plus, par analogie, soumettre les enfants naturels à la tutelle, puisqu'aucun texte ne l'institue formellement, il y a lieu d'observer que les textes se référant à la tutelle dative, prévoient le cas d'enfants dépourvus de père et de mère, et que rien ne peut faire supposer qu'ils soient inapplicables aux enfants naturels.

Si cet usufruit existait en effet, ce serait un usufruit légal, or aucun texte ne l'établit, car, touchant les biens des enfants naturels, il n'existe pas de loi.

Bien plus, par sa place même dans le titre de la puissance paternelle, l'art. 384, venant précisément après la disposition qui statue sur les droits des parents naturels, semble bien leur dénier, par exclusion, un droit qu'il ne leur attribue pas nommément.

Nous savons, d'ailleurs, que lors de la discussion du projet, la rédaction en fut modifiée, dans le but exprès de retirer aux parents naturels la jouissance légale qui leur avait été d'abord concédée. Et il est inadmissible, que les tribunaux puissent, suivant les cas, accorder ou refuser cet usufruit, faute de savoir selon quelles règles ils devraient se déterminer ; et nous ne connaissons pas d'exemple de ce qu'ils se soient jamais arrogé un droit aussi exorbitant.

Enfin, la lettre même de l'article 384 se réfère trop spécialement au cas de mariage, pour que l'on puisse, sainement prétendre l'appliquer aux parents naturels par interprétation ou analogie.

Il résulte, de l'examen seul de la loi, et de sa contexture, que les rédacteurs du Code civil ont indiqué dans des articles précis, quelles seraient les dispositions relatives aux parents légitimes, qui seraient applicables aux parents naturels.

Il faut conclure, donc, que le législateur a entendu réserver aux père et mère légitimes, les divers droits qu'il leur a conférés, en cette qualité, sans déclarer expressément qu'ils seraient communs aux père et mère naturels (1).

(1) En ce sens : Pau, 13 février 1822. S., 1882, 2, 89. Caen, 2 mars 1860. S., 1860, 2, 610. Tribunal civil de la Seine, 25 avril 1891. Pand, fr. 91, 2, 323.

A ces motifs, tirés de l'analyse du texte même, s'en ajoutent d'autres, d'ordre moral et tout aussi déterminants.

La raison de compléter la loi par les autres dispositions sur la puissance paternelle ne s'impose point ici.

Il y a nécessité absolue, dans l'intérêt social, de placer l'enfant sous une protection qui aidera son développement, sous une autorité qui surveillera sa jeunesse ; mais aucune considération n'exige qu'il soit privé des revenus de ses biens, s'il en possède.

Et la loi elle-même, ne pouvait moralement pas attacher un tel bénéfice au concubinage.

Si elle donne une autorité aux père et mère naturels sur les enfants qu'ils ont légalement reconnus, c'est, ainsi que nous l'avons dit, dans l'intérêt de ces mêmes enfants comme un moyen de redresser leurs écarts et d'épurer leurs mœurs ; mais les avantages attachés à la puissance paternelle ne devaient point devenir le prix d'une illégalité.

Aussi bien, est-il certainement établi, que la jouissance légale organisée par l'article 384, soit une compensation du devoir d'éducation imposé aux parents légitimes, et de ce devoir seulement ?

L'administration, avec les responsabilités qu'elle entraîne, peut être tenue aussi pour une juste cause de l'usufruit — et encore, il n'est pas prouvé qu'elle en soit une — cependant, il est fort douteux, que les parents naturels administrent les biens de leurs enfants.

C'est pourquoi, nous aimons mieux considérer que

l'article 384 fait aux parents légitimes une pure faveur au préjudice de leurs enfants et que rien n'autorise à l'étendre aux parents naturels.

Certains pères ou mères ne reconnaîtraient leurs enfants, que devenus riches, et dans le seul but de jouir de leur richesse ; certains même, feraient de fausses reconnaissances destinées à leur procurer des revenus. N'y aurait-il pas tout à craindre de l'administration de tels parents ou de tels étrangers ?

L'usufruit des parents légitimes, s'il est un peu exorbitant, n'a cependant pas le caractère d'une spoliation, puisque leurs enfants ont sur leurs biens un droit qui prime celui de tous autres, et qu'ils sont assurés de retrouver dans la succession de leurs parents, la plus grande partie tout au moins, des biens dont ils ont été privés.

Au contraire, la jouissance légale que l'on accorderait aux parents naturels tournerait à l'avantage de leurs descendants légitimes, voire de leurs ascendants ou de leurs collatéraux ; ce serait évidemment dépouiller l'enfant naturel de son bien, contre toute justice.

En résumé, il nous semble impossible d'accorder aux parents naturels une jouissance légale, puisque tout bien considéré : l'économie du titre 9 chap. 1 du livre 1, la lettre de l'article 384 et son esprit, la morale et l'équité s'y refusent tout à la fois (1).

(1) Voir Demolombe, t. III. Aubry et Rau, t. VI, § 571, p. 214.

IV. — Autorisation à mariage.

L'article 158 du Code civil relativement au mariage des enfants naturels se borne à renvoyer aux articles 148, 149, 151 et suivants.

L'article 148 est ainsi conçu : « Le fils qui n'a pas
« atteint l'âge de 25 ans accomplis ; la fille qui n'a
« pas atteint celui de 21 ans accomplis, ne peuvent
« contracter mariage sans le consentement de leurs
« père et mère : en cas de dissentiment, le consente-
« ment du père suffit. »

De ce texte très général, il résulte d'une façon certaine que l'enfant naturel reconnu doit pour se marier obtenir le consentement de ses parents jusqu'à 21 ans s'il est une fille et jusqu'à 25 ans s'il est un garçon.

Entre lui et l'enfant légitime il n'existe donc, sur ce point, aucune différence.

Il n'en existe pas davantage, touchant l'acte respectueux qui doit être fait aux parents : toutefois, il ne peut être question d'aïeuls, pour les enfants naturels.

La précision de l'article 148 sur ces deux points rend impossible toute controverse.

Mais il en est un autre digne de remarque, encore qu'on ne le conteste pas : c'est la prééminence qui est donnée au père, en cas de désaccord entre lui et la mère. Car ce fait est particulier, d'une manifestation d'autorité paternelle accordée avec une puissance plus haute, à l'un des parents naturels qu'à l'autre.

Peut-être serait-ce une explication que d'observer

que le consentement au mariage n'est pas une attribution essentielle de la puissance paternelle, qu'elle n'en est même pas une, de la parenté, puisque, s'il s'agit d'un enfant naturel non reconnu ou orphelin, il doit se faire autoriser par un tuteur *ad hoc* lorsqu'il n'est pas majeur.

Le consentement au mariage est un moyen d'autorité qui est un peu en dehors de la puissance paternelle proprement dite, parce qu'il peut n'être pas utile, et qu'en tous cas, il ne servira qu'une fois. S'il y a lieu, pour les parents, de consentir au mariage de leur enfant, c'est là un fait isolé qui sera sans retour; voilà pourquoi, puisqu'il fallait nécessairement trancher le différend, la loi a déterminé une prépondérance : et elle l'a fait en faveur du père, sans raison de droit, ni de fait, mais seulement par suite du vieux préjugé qui donne à l'homme la plus grande autorité.

Au contraire, la puissance paternelle qui doit s'exercer journellement à propos de toutes choses, est d'une bien autre importance : vis-à-vis de leur enfant le père et la mère sont tenus des mêmes devoirs, et pour qu'ils pussent tous deux les remplir, il fallait leur donner les mêmes droits.

Il faut donc conclure, que les parents naturels ont le droit incontestable, de consentir au mariage de leurs enfants, et aussi étendu que celui des parents légitimes, puisque la même disposition l'a conféré aux uns et aux autres (1).

L'enfant naturel reconnu comme légitime devra

(1) Demolombe, t. III. n° 88. Laurent, t. IV. n° 348.

notifier à ses parents l'acte respectueux prévu par la loi du 24 juin 1896, dans la forme prescrite par l'article 154 du Code civil, et après sa majorité matrimoniale requérir de même leur conseil.

**V. — Autorisation de se donner en adoption,
et consentement à l'exercice sur l'enfant
d'une tutelle officieuse.**

Des articles 371, 158 et 159, nous concluons que l'article 346 sera applicable aux parents naturels comme aux parents légitimes, en raison des termes généraux qu'il emploie :

« L'adoption », dit l'article 346, « ne pourra en aucun cas avoir lieu avant la majorité de l'adopté : si l'adopté ayant encore ses père et mère, ou l'un d'eux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère ou par le survivant ; et s'il est majeur de 25 ans, de requérir leur conseil. »

Et ce texte ne peut donner lieu à aucune difficulté, puisque, par une bizarrerie, plus étrange, d'ailleurs, à l'égard des parents légitimes qu'à l'égard des parents naturels, mais du moins formelle, l'adopté doit obtenir le consentement de son père et de sa mère tout à la fois.

Nous déciderons de même sur la tutelle officieuse, au sujet de laquelle l'article 361 que nous citons, dispense de tout commentaire :

« Tout individu âgé de plus de 50 ans et sans enfants
« ni descendants légitimes qui voudra durant la mino-
« rité d'un individu se l'attacher par un titre légal,
« pourra devenir son tuteur officieux en obtenant le
« consentement des père et mère de l'enfant ou du
« survivant d'entre eux, ou à leur défaut d'un conseil
« de famille ou enfin si l'enfant n'a point de parents
« connus, en obtenant le consentement des adminis-
« trateurs de l'hospice où il aura été recueilli ou de
« la municipalité du lieu de sa naissance. »

VI. — Émancipation.

Les père et mère naturels peuvent assurément éman-
ciper leur enfant âgé de 15 ans.

Le droit d'émancipation dérive de la puissance
paternelle, et d'ailleurs, rien ne permettrait de faire
supposer une exclusion qui n'a pas été prononcée par
la loi.

L'article 477 comprend dans son énonciation les
parents naturels comme les parents légitimes :

« Le mineur, même non marié, pourra être éman-
« cipé par son père ou à défaut de père par sa mère,
« lorsqu'il aura atteint l'âge de 15 ans révolus. »

L'opinion des auteurs sur ce point ne varie guère,
et la jurisprudence lui est conforme (1).

(1) Voir Demolombe, t. VIII, p. 262. Toullier, t. II, n° 1287. Duranton, t. V, n° 657. Marcadé, t. II, art. 477, n° 2. Loiseau : *Des enfants naturels*, p. 545. Chardon : *Puiss. pat.*, t. II, n° 180. Delvincourt, t. I, p. 125. Limoges, 2 janvier 1821.

Mais qui exercera ce droit ?

Le texte de l'article 477 qui ne fait aucune différence entre parents légitimes et parents naturels autorise, semble-t-il, à décider de même dans les deux cas.

Nous croyons donc, que tant que le père vivra ou ne sera pas déchu de la puissance paternelle, c'est lui, et lui seul qui pourra émanciper l'enfant, car ici, nous ne croyons pas qu'on puisse attribuer un droit égal au père et à la mère naturels.

Le père, disons-nous, pourra émanciper l'enfant commun, n'en eût-il pas la garde, eût-il même été destitué de la tutelle, et la mère eût-elle été nommée à sa place.

Car cela ne fait presque pas question, que de reconnaître aux parents, même destitués de la tutelle, le droit d'émanciper leurs enfants (1).

Il serait donc, à plus forte raison, impossible d'admettre comme on le fait quelquefois, que l'émancipation n'est permise qu'à celui des père et mère naturels qui exerce sur l'enfant la puissance paternelle effective.

De même en l'absence du père, la mère pourrait émanciper son enfant et faire cesser la tutelle confiée à une tierce personne.

Toutefois, il appartiendrait dans ce cas aux tribunaux, de contrôler l'exercice du droit d'émancipation qui peut n'avoir été déclarée par le père, que dans le but de faire échec à la garde de la mère ou à la tutelle

(2) Voir Loaré sur l'art. 477. Duranton, t. III, n° 636 Marcadé, t. II, p. 274 et 275. Demolombe, t. VIII, n° 204.

gérée, par elle, ou par un tiers, et de reprendre sur ses enfants, par suite de l'ascendant naturel qu'il exercera sur eux, une influence peut-être nuisible ; en sorte que l'émancipation au lieu d'être l'effet d'une sage et généreuse tendresse, n'aurait été qu'un moyen de soustraire les enfants à une autorité raisonnable, pour exercer indirectement sur eux une puissance dont il a été jugé, cependant, indigne.

Et s'il apparaît au juge que l'émancipation n'a eu pour but que d'annihiler une puissance ou une tutelle profitable à l'enfant, et qu'elle n'a pas pour résultat évident, le seul intérêt du mineur, elle devient donc une fraude à la loi, fraude qui doit nécessairement être réprimée, il peut, sur la demande du gardien ou du tuteur, faire défense au juge de paix de recevoir l'acte, ou en prononcer la nullité s'il a été déjà passé.

Car s'il est hors de doute que le droit d'émanciper appartient au père et à la mère comme tels, ce droit, comme tous ceux qui concernent les mineurs, a exclusivement pour base et pour limite l'intérêt de ces mêmes mineurs.

La loi a voulu les protéger contre les dangers auxquels les exposent leur faiblesse et leur inexpérience, et si elle a délégué pour cette mission les personnes que leur qualité de parents devait faire considérer comme les plus propres à la remplir, elle s'est en même temps réservé la faculté d'en surveiller l'accomplissement strict et loyal, en plaçant l'autorité de la justice à côté, et, dans certains cas, au-dessus de l'autorité paternelle.

Ainsi ont jugé diverses Cours (1), qui tout en reconnaissant en principe que les père et mère, même destitués, ont le droit d'émanciper, admettent, avec raison, un pouvoir supérieur, celui du Tribunal, qui a le droit de surveiller dans ce cas et de contrôler l'exercice que les père et mère font du droit d'émancipation.

(1) Bordeaux, 7 janvier 1852. D., 1852, 2, 200. Caen, 4 décembre 1867. *J. du Palais*, 1868, 962. Tribunal civil de la Seine, 29 janvier 1900.

CHAPITRE IV

I. — Administration.

Pour n'avoir point l'usufruit des biens appartenant à leurs enfants mineurs, les parents naturels n'ont-ils pas, cependant, la charge de les administrer ?

Un patrimoine ne peut rester sans administrateur ; les parents naturels, à l'exemple des parents légitimes ne sont-ils pas tout désignés comme tels ?

Cette question n'est pas sans difficultés et donne lieu à controverse.

Un seul texte se réfère à un cas analogue et forme le paragraphe 1^{er} de l'article 389 : « Le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. »

Certains auteurs professent qu'il appartient aux parents naturels d'administrer les biens de leurs enfants.

Si la jouissance des revenus, disent-ils, est un droit, qui, en raison de sa nature même, ne peut profiter aux père et mère naturels, l'administration est un devoir résultant de la puissance paternelle comme l'éducation de la personne de l'enfant : devoir imposé d'abord par la nature et consacré par la loi.

Or la puissance paternelle, en tant qu'elle oblige, est la même pour tous les parents quels qu'ils soient, et l'administration est certainement un devoir puisque l'enfant ne peut veiller lui-même sur ses intérêts.

La teneur même de l'article 389 n'est pas un obstacle, dit-on, car le mariage n'est pas la condition du devoir, confirmé par la loi : l'article 203, lui aussi porte le mot de mariage, et les parents naturels n'en sont pas moins astreints aux obligations qu'il édicte : — par identité de raison l'article 389 doit être entendu de même (1).

A vrai dire, si la question n'est pas actuellement résolue en théorie, la majorité des auteurs inclinent vers la négative (2), et la jurisprudence longtemps hésitante paraît s'être, depuis quelques années surtout, prononcée nettement dans le même sens.

De même que pour l'usufruit, les parents naturels ne pourraient se voir investis de l'administration qu'en vertu d'un texte ; or ce texte n'existe pas.

L'article 389 et le titre tout entier dont il fait partie concernent uniquement, à n'en pas douter, les enfants légitimes, et ne donnent pas lieu à la moindre interprétation. Assurément, la lettre de l'article 203 est tout aussi étroite que celle de l'article 389, et chacun sans discuter l'applique aux parents naturels ; mais les prescriptions qu'il comporte sont purement de droit naturel, et elles puisent avant tout leur force dans le fait de la filiation ; en l'absence de disposi-

(1) Laurent, t. IV, n° 359.

(2) Demolombe, t. III. Marcadé, t. II, n° 147.

tions législatives, même, ce ne paraît guère possible, que des parents, qu'ils soient légitimes ou naturels, puissent prétendre s'y soustraire. L'institution de l'administration est bien différente; sa notion est étrangère au droit naturel, et l'esprit conçoit sans révolte, que des parents n'en assument pas la charge ou qu'ils n'en soient pas nécessairement investis.

Le législateur, quand il a constitué la famille, a pris soin d'indiquer, parmi les dispositions destinées aux enfants légitimes, celles qui seraient étendues aux enfants naturels, comme il l'a fait notamment en matière de mariage, de correction paternelle et de succession.

Mais, s'il n'a rien dit au sujet de l'administration légale, il s'ensuit que cette institution qui appartient essentiellement au droit civil, et à l'égard de laquelle les principes du droit naturel ne sauraient être invoqués, n'est pas applicable aux enfants naturels.

Il y a donc lieu, lorsque l'intérêt des enfants naturels exige qu'ils soient légalement représentés, d'y pourvoir, comme nous le verrons plus loin, par la tutelle.

D'ailleurs, sans examiner si, en fait, l'administration des biens des enfants naturels ne serait pas utilement confiée à leur père et mère, il y aurait, à notre sens, un défaut grave de logique à le faire, eu égard aux conditions d'exercice que la loi requiert lorsqu'il s'agit d'enfants légitimes.

Le législateur n'a donné l'administration au père légitime que pendant la durée du mariage, parce qu'il a estimé que la présence seule de la mère pouvait

servir à modérer le pouvoir très étendu du père chaque fois qu'il serait tenté d'en abuser ; mais il la lui retire pour la remplacer par la tutelle dès que le mariage se dissout par le décès de celle-ci, sans qu'elle puisse jamais s'en trouver investie.

Il y aurait donc inconséquence à donner aux parents naturels une administration qu'on refuse aux parents légitimes.

Qu'un seul, du père ou de la mère, ait reconnu son enfant : il se trouve exactement alors dans le cas de l'époux survivant ; ce serait pensons-nous incompréhensible que le premier se voie attribuer un droit d'administration pour une cause, précisément la même, qui a déterminé le législateur à en priver le second.

Il est vrai que le divorce en rompant le mariage n'ouvre pas la tutelle et laisse se continuer l'administration ; et les époux divorcés en regard l'un de l'autre sont bien semblables à des parents naturels qui ont tous deux fait acte de reconnaissance.

Cette considération nous oblige à reconnaître que le législateur n'aurait peut-être pas mal disposé en conférant aux parents naturels une administration légale ; cependant elle n'est pas assez puissante pour nous déterminer à la leur reconnaître, vu l'absolu silence de la loi.

Les époux, avant le divorce, se trouvaient en possession de cette administration ; ils la conservent, puisque, par oubli ou après examen, le législateur ne la leur a pas retirée : les parents naturels, au contraire, à aucun

moment, n'en ont été investis ; pour quelle raison, alors, peut-on décider qu'ils y ont droit ?

Sur cette matière, les cours et les tribunaux ratifient assez constamment, comme nous l'avons dit, la décision des auteurs que nous avons développée en second lieu.

Les actes de jurisprudence sont nombreux, en effet, qui concluent à l'incapacité des parents naturels comme administrateurs des biens de leurs enfants.

Une des premières, la Cour de Pau (1) a nettement statué en ce sens ; une jurisprudence beaucoup plus récente, ayant par suite un caractère pratique important, vient encore appuyer notre opinion.

Le Tribunal correctionnel de la Seine (2), par des « attendus » reproduisant à peu près les motifs que nous avons nous-mêmes développés plus haut, prononce le défaut de qualité de la mère naturelle comme administrateur, non seulement en ce qui concerne la gestion des biens, mais encore lui dénie le droit d'intenter, au nom de son enfant mineur, une action en dommages et intérêts à raison d'un délit ou d'un quasi délit.

Dans le même sens, la Cour de Paris (3) a décidé que le père d'un enfant naturel reconnu n'avait pas qualité pour ester en justice au nom de cet enfant.

Par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (4), cette jurisprudence se trouve impli-

(1) Pau, 13 février 1822. S., 1828, 2, 89.

(2) Trib. civ. de la Seine, 25 avril 1891. Pand. fr., 1891, 2, 323.

(3) Paris, 17 mars 1897. D., 97, 2, 215.

(4) Cass. crim., 16 mars 1893. Pand. fr., 1894, 1, 408.

citement confirmée, bien que le texte n'en soit pas clair :

Une mère naturelle s'était portée partie civile au nom de ses enfants mineurs contre l'assassin de leur père et avait obtenu gain de cause : pourvoi avait été formé, et le moyen de cassation était fondé sur ce fait, que la mère ne s'était pas fait autoriser par le conseil de famille.

La Cour statua en ces termes : « Sur le moyen pris
« de ce que la dame B... ne pouvait se porter partie
« civile sans l'autorisation du conseil de famille de ses
« enfants mineurs ;

« Attendu que la dame B... est mère de trois enfants
« mineurs qu'elle a reconnus ; qu'elle a soutenu que
« le crime commis par C... leur causait préjudice, et
« s'est portée partie civile au nom et dans l'intérêt de
« ses enfants naturels ;

« Qu'elle puisait dans sa qualité de mère et dans les
« obligations naturelles et légales qui en découlent, la
« faculté d'agir comme elle l'a fait :

« Rejetttte... »

Le langage de la Cour est ici croyons-nous critiquable et pourrait faire croire que la qualité seule de mère naturelle est suffisante pour intenter une action au nom de ses enfants.

Mais la Cour a seulement entendu dire que le devoir de protection imposé par la loi naturelle et consacré par la loi civile suffisait pour donner à la mère illégitime le droit de se porter partie civile au nom de ses enfants par elle reconnus.

C'est ainsi que l'a compris l'arrêtiste qui dans une

note sous l'arrêt s'exprime ainsi : « Il ne s'agit pas là
« d'un acte d'administration légale qui exigerait
« l'organisation d'une tutelle, mais de l'exercice d'un
« droit de protection qui découle naturellement du lien
« de filiation constatée par la reconnaissance. »

Sans examiner si l'arrêt est bien ou mal rendu, il nous suffira de faire remarquer à l'appui de notre thèse, que si la Cour avait considéré que le fait, par la mère de se porter partie civile au nom de ses enfants, était un acte d'administration, elle eût accueilli le pourvoi (1).

Il ne peut donc y avoir lieu, croyons-nous, à l'administration légale des parents naturels. Les biens de leurs enfants seront administrés conformément à l'article 450 du Code civil; c'est-à-dire par la tutelle (2).

Or, cette solution n'est pas indifférente car l'administration légale et la tutelle sont deux modes très distincts, puisque la seconde ne va jamais sans l'hypothèse légale et la subrogée-tutelle comme garanties.

II. — De la Tutelle.

Dès le jour de sa naissance, la tutelle s'ouvre ou peut, du moins, s'ouvrir pour l'enfant naturel.

(1) Nous ne voyons pas le principe qui a guidé la Cour pour décider que, dans le cas présent, il ne s'agissait pas d'administration; et le départ entre les actions dont l'exercice n'emporterait pas l'administration et les autres nous paraît difficile à faire.

(2) Au surplus, dans l'impossibilité où l'on se trouve d'accorder une prépondérance à l'un sur l'autre, le droit d'administration pourrait faire naître des conflits dont les conséquences seraient autrement désastreuses qu'en matière de garde.

A la vérité, il arrive le plus souvent qu'il n'y a pas lieu d'organiser en fait cette tutelle.

Tant que l'enfant n'a pas de biens personnels, et qu'aucune circonstance ne rend nécessaire l'exercice d'une action en son nom, la puissance paternelle suffit pour le seul intérêt à protéger : la garde de sa personne.

Mais aussitôt que l'enfant a des biens et qu'il faut exercer une action en son nom, c'est le tuteur qui doit paraître.

Quel sera-t-il ?

Sera-t-il un tuteur légal dans la personne du père ou de la mère ?

Sera-t-il un tuteur datif ; de telle sorte que le conseil de famille pourrait instituer comme tel, suivant les cas, et pour le plus grand intérêt de l'enfant, soit le père, soit la mère, soit même une tierce personne ?

Cette question depuis la promulgation du code civil, c'est-à-dire depuis près d'un siècle, est l'objet d'une controverse qui dure encore dans la doctrine et que la jurisprudence vient à peine de résoudre.

Les jurisconsultes les plus autorisés l'ont résolue en sens contraire et les arrêts sont presque en nombre égal qui décident de façon différente.

Pensant longtemps, l'opinion la mieux accréditée accorda aux parents naturels la même tutelle légale qu'aux parents légitimes.

Tout d'abord, ne faisant aucune différence entre les uns et les autres, l'enfant reconnu par son père et par

sa mère, aurait pour tuteur légal, son père ; la mère n'étant tutrice qu'à défaut du premier.

Bien qu'on ne trouve dans le code civil aucune disposition précise qui accorde aux parents naturels la tutelle de leurs enfants, on ne peut cependant douter, que tel soit son esprit, si l'on se reporte à plusieurs dispositions qu'il contient d'ailleurs.

Et puisque la loi a établi entre parents et enfants illégitimes des rapports civils, et consacré des rapports naturels, comment serait-il explicable qu'elle ait voulu priver ceux-ci, du bienfait d'une tutelle, dont la vigilance et le scrupule sont garantis et augmentés de tout l'intérêt et de toute la tendresse que les parents ont pour leurs enfants ?

Les différentes dispositions contenues aux titres du mariage consacrent un droit, bien certain, de puissance des parents sur la personne de leurs enfants ; celui très important de s'opposer au mariage s'ils le jugent utile. Il y aurait donc inconséquence à leur refuser la tutelle qui n'est pas autre chose que l'exercice de cette même puissance.

L'intérêt même de l'enfant qui doit être observé en cette matière, exigent que ses parents exercent sur lui la tutelle ; car si parfois, des circonstances de fait veulent que la puissance paternelle soit distincte de la puissance tutélaire, la règle serait nuisible, qui ordonnerait que dans tous les cas, l'enfant soit soumis simultanément à deux puissances séparément exercées, l'une, par ses parents comme guides, l'autre, par un étranger comme administrateur.

L'article 159 qui prévoit la nomination d'un tuteur

ad hoc pour consentir au mariage de l'enfant naturel dont les parents n'existeraient plus, est bien la preuve que la tutelle réside en eux, puisque c'est à leur défaut, et seulement en ce cas qu'il y a lieu de pourvoir à une autre tutelle.

Enfin, le seul article, qui, peut-être, pourrait permettre la nomination d'un tuteur datif à l'enfant naturel est l'article 405 ; or précisément, cet article même déclare que ce n'est que lorsque l'enfant « restera sans père ni mère qu'il sera pourvu par un « conseil de famille à la nomination d'un tuteur » : donc cet article n'est pas applicable lorsque l'enfant a son père ou sa mère : donc enfin, le père ou la mère ont la tutelle légale.

Et s'il est vrai que l'article 390 qui institue cette tutelle, ne s'occupe que des parents légitimes, il n'en résulte pas, que le mariage soit une condition de son exercice, bien au contraire, puisque c'est quand il est dissout, qu'elle peut seulement s'ouvrir.

Ces divers arguments pour solides qu'en soient quelques-uns nous semblent être bien plutôt de l'ordre du sentiment, que de l'ordre juridique ; et ceux qui s'en sont servis paraissent avoir un peu négligé l'examen du texte pour s'attacher plus à faire ressortir l'importance de considérations morales qui sont assurément d'un grand poids lorsqu'elles donnent plus d'autorité à un texte, mais qui ne peuvent en tous cas y suppléer quand il n'existe pas.

Nous croyons donc meilleur d'adopter la solution toute opposée.

Car en effet, il n'y a pas de texte qui établisse la

tutelle des parents naturels ; et n'est-ce pas là, la meilleure raison qu'on puisse donner, de ce qu'elle ne peut être une tutelle légale ?

Le Code civil est resté muet en ce qui concerne la tutelle des parents naturels : il y a donc lacune sur ce point dans notre droit civil.

L'article 390 n'organise que la tutelle des père et mère après la dissolution du mariage et l'attribue au survivant des époux ; il paraît donc difficile de l'appliquer aux parents naturels que l'article ne mentionne pas.

C'est, en effet, l'argument juridique dominant, et c'est celui qu'invoquent d'abord, les auteurs et les arrêts qui refusent aux parents naturels la tutelle légale sur leurs enfants.

L'article 405 que nos contradicteurs opposent, ne veut pas dire que c'est seulement au cas où un enfant se trouverait sans père ni mère, qu'il y a lieu de procéder à la nomination d'un tuteur datif, mais, en se référant à l'article 390 qui organise la tutelle des enfants légitimes, il signifie que, lorsque l'enfant se trouvera sans père ni mère déjà tuteur légal, alors, il faudra lui nommer un tuteur datif.

Or, cet article 390 ne vise manifestement que les enfants légitimes, puisqu'il suppose la dissolution du mariage : et la disposition spéciale et explicite qu'il contient n'est pas susceptible de deux interprétations.

Au point de vue analogique, on ne peut arguer de ce que les parents naturels ont un droit de correction, d'autorisation à mariage et même un droit de succession, pour conclure à l'existence de leur tutelle

légale : les parents légitimes ont, eux aussi, la plénitude de ces divers droits, et cependant, pour en faire des tuteurs, autres que des tuteurs datifs, le législateur n'a pas cru inutile de leur conférer spécialement, la qualité de tuteurs légitimes.

Le défaut du moindre indice dans la loi, serait donc, à notre avis, suffisant pour qu'il faille dénier aux parents naturels la tutelle légale malgré toutes raisons d'un autre ordre, que l'on invoque pour la leur donner.

Au cas même, où le législateur n'aurait commis qu'un oubli, ce ne serait pas une raison pour la doctrine et la jurisprudence de le réparer.

Aussi bien, l'oubli n'est pas prouvé, et peut être a-t-il fait cette différence à dessein entre les parents légitimes et les parents naturels.

Il a pu considérer que ces derniers ne méritaient pas la même confiance, et vouloir qu'un conseil examinât auparavant, si l'on pouvait leur confier les biens de leurs enfants ; s'ils présentaient des garanties morales suffisantes pour qu'on put espérer d'eux une administration scrupuleuse ; préférant ainsi procéder par une élimination préalable plutôt que de se voir contraint de recourir à une destitution tardive et impuissante à sauvegarder le patrimoine du mineur.

Quoi qu'il en soit, nous le répétons, si dans une pensée d'humanité et de progrès, la loi a accordé aux parents sur leur enfant naturel reconnu quelques droits soigneusement déterminés quant aux biens et à la puissance paternelle, elle n'a pas entendu les assimiler à ceux dont les enfants sont issus de l'insti-

tution matrimoniale, base de la société civile ; et si la loi ne dit nulle part, que l'enfant de tels parents serait soumis durant sa minorité à leur tutelle légale, cela s'explique, plus spécialement encore à l'égard de la mère, par une certaine défiance de la faiblesse de son sexe, qui a fait exclure toutes autres femmes que les ascendantes, comme tutrice. Le commentateur, et le magistrat après lui, ne sauraient donc, à l'aide d'analogies trompeuses et de considérations étrangères, ajouter à un texte dont ils ne doivent qu'appliquer la lettre, et prudemment développer l'esprit.

Cette deuxième solution, négative de la tutelle légale des parents naturels a été la moins en faveur jusque vers l'année 1860 ; la doctrine la plus éminente se prononçait pour l'affirmative, et les tribunaux et les cours la consacraient très généralement (1).

Depuis, un revirement s'est opéré chez les auteurs et dans la jurisprudence.

Au point de vue théorique, la question n'a rien perdu de son importance ; au point de vue pratique son intérêt est devenu beaucoup moindre depuis que la Cour de Paris avec d'autres et de nombreux Tribunaux se sont constamment refusés à reconnaître la tutelle légale aux parents naturels, sans être contredits.

Enfin, tout récemment, la Cour suprême a été

(1) Delvincourt, t. I, p. 103, n. 1. Magnin, t. I, nos 502, 504. Vazeille : *Du mariage*, t. II, nos 478 et suivants. Marchand : *De la minorité*, p. 110. Loiseau : *Des enf. nat.*, p. 537. Chardon : *Puiss. pat.*, nos 80 et suivants. Cadrès : *Des enf. nat.*, n° 180. Grenoble, 21 juillet 1836. Dev., 1837, 2, 157. Douai, 13 février 1844. Dev., 1844, 2, 79. Douai, 22 juillet 1856. Dev., 1856, 2, 33. Poitiers, 3 mai 1858. Dev., 1858, 2, 420. Trib. civ. de la Seine, 19 mai 1868, *le Droit* du 28 mai 1868.

saisie de la question qu'elle a résolue dans le même sens.

Pour les mêmes motifs, que nous avons adoptés à la suite des auteurs dont nous nous sommes autorisés, elle a décidé que les parents naturels ne pouvaient être tuteurs légaux de leurs enfants reconnus (1).

Désormais, et à moins que la Cour de cassation ne se déjuge, il est permis de considérer pratiquement la controverse comme éteinte.

Les parents naturels tuteurs datifs.

Puisque les parents naturels ne sont pas tuteurs de droit, ils seront donc tuteurs datifs.

Les jurisconsultes s'accordent à admettre, que les articles qui traitent du conseil de famille sont applicables aux enfants naturels, car ils renferment les principes généraux d'organisation et d'administration, qui sont, en effet, indépendants de la situation légale de l'enfant : et, qu'elle soit légale ou bien dative, la tutelle ne peut s'exercer sans ce conseil.

Mais dès ici surgit une difficulté.

(1) Duranton, t. III, n° 341. Valette sur Proudon, t. II, p. 490. Marcadé, art. 390, n° 2. De Fréminville, t. I, n° 33. Demolombe, t. VIII, n° 385. Demante, t. II, n° 138 bis. Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1347. Paris, 19 août, 1811. S., 1811, 2, 475. Amiens, 23 juillet 1814. S., 1815, 2, 361. Grenoble, 5 avril 1819, S., 1820, 2, 366. Agen, 19 février 1830. S., 1832, 2, 58. Lyon, 11 juin, 1856. Dev., 1856, 2, 526. Lyon, 8 mars 1859. Dev., 1860, 2, 431. Rennes, 9 janvier 1867. Dev., 1867, 2, 435. Paris, 17 mars 1897. D., 1897, 2, 215. Trib. civ. de la Seine, 30 nov. 1898. *Le Droit* du 30 décembre 1898. Cass., req., 16 novembre 1898. Dalloz, 1899, 1, 218.

Quelle sera la composition du conseil de famille d'un enfant naturel ?

On comprend qu'il ne peut être question d'une assemblée de parents pour un tel enfant, puisque d'après la loi et sauf le rapport de père et de fils, la filiation naturelle n'engendre pas de parenté, mais seulement quelques prohibitions fondées sur la décence publique.

Il en résulte, que la disposition de l'article 407 du Code civil, qui veut que le conseil de famille soit composé de six parents ou alliés, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, est inapplicable.

De sorte que le conseil de famille de l'enfant naturel pourra être entièrement composé des parents d'un seul de ses père et mère, si tel est son intérêt, sans que personne puisse de ce chef attaquer les décisions prises par le conseil ainsi formé (1).

Toutes les règles de la tutelle peuvent donc s'adapter au cas de l'enfant naturel, sauf en ce qui concerne la composition des conseils, pour la formation desquels on peut appeler soit des personnes connues pour avoir eu des relations de parenté ou d'amitié avec le père ou la mère, soit des étrangers charitables qui veulent s'intéresser à l'enfant.

Une opinion que nous croyons isolée, et qui d'ailleurs n'est presque jamais enseignée, a été soutenue par M. Ducaurroy (2).

(1) Voir Req., 31 août 1815. D., t. XXXII, p. 239, n° 1. Req., 3 septembre 1806. D., t. XXXII, p. 237, n. 1.

(2) T. I, nos 586, 587.

En se fondant sur ce que l'enfant naturel n'a pas de parents, il décide que les règles tracées pour la composition des conseils de famille ne lui sont pas applicables, et que ce serait donc le Tribunal civil et non le juge de paix qui aurait la mission de former le conseil.

Nous avouons ne pas comprendre un pareil système :

Dans l'un et l'autre cas, les enfants naturels n'ont pas de parents, et le mode de formation du conseil, ainsi changé, ne résout en rien la difficulté (1).

Aussi bien, nous semble-t-il très rationnel et conforme au vœu de la loi, qu'un conseil de famille puisse fonctionner pour statuer sur les intérêts de l'enfant naturel et lui nommer un tuteur.

Il ne comprendra pas de parents puisque cet enfant n'en a légalement pas, mais du moins ses membres seront-ils considérés comme ayant été des amis du père ou de la mère.

Il y a des enfants légitimes qui n'ont pas de famille, alors leur situation est bien la même, et pourtant personne ne contestera qu'un conseil puisse leur être constitué.

Et puisque l'article 405 a très expressément prévu le cas d'un enfant privé de toute famille, il n'est besoin de recourir ni à une interprétation difficile, ni à une analogie douteuse pour constituer le conseil de famille de l'enfant naturel.

Ce sera donc ce conseil qui nommera le tuteur de l'enfant.

(1) M. Laurent insinue que le tribunal pourrait peut-être nommer le tuteur.

Ni le père, ni la mère n'ont un droit acquis à être appelés à cette fonction.

En fait, le plus souvent, et de la façon la plus naturelle, celui des deux qui aura fait diligence, donnant ainsi la preuve de l'intérêt qu'il porte à son enfant, se verra appelé à la tutelle : mais il pourrait cependant en être autrement, et l'étranger que le conseil aurait choisi serait valablement nommé (1).

Que si, cependant, le conseil mal éclairé sur le véritable intérêt de l'enfant, ou trompé par quelque influence, a cru bon d'éloigner le père ou la mère, ceux-ci pourront probablement obtenir l'annulation de la délibération du conseil de famille, à charge par eux de le réunir à nouveau pour se faire investir de la tutelle, car c'est un pouvoir qui n'est pas aux mains du juge, que de la déléguer.

Du droit du père de donner à la mère un conseil de tutelle.

De ce que le père naturel n'est pas tuteur légal de son enfant, il résulte que l'article 391 du Code civil ne peut aucunement lui donner le droit de nommer à la mère un conseil de tutelle.

Au surplus, si l'on comprend que la mère légitime virtuellement tutrice légale puisse être pourvue de ce conseil, on conçoit plus difficilement un « conseil de tutelle » donné à la mère naturelle qui n'est pas tutrice, et qui, peut-être, ne la sera jamais.

(1) Trib. civ. de la Seine, 30 novembre 1898, précité. *Droit* du 3 décembre 1898.

Si la loi a conféré ce droit au père légitime, c'est pour lui permettre d'exercer dans une certaine mesure après sa mort son autorité maritale qui guidera la mère pour le plus grand intérêt de l'enfant.

Une pareille considération ne peut avoir aucune valeur dans le cas d'une union qui laisse la mère indépendante, étrangère peut-être même, au père, qui n'aurait jamais eu sur elle, ni autorité, ni contrôle.

Et puisqu'il est établi, croyons-nous, que du vivant du père, la mère pourrait exercer la tutelle sans que celui-ci puisse à aucun titre s'immiscer dans sa gestion, quelle serait la raison et l'utilité surtout, qu'il puisse après sa mort contrarier une administration fructueuse et sage (1)?

Délation de la tutelle par le dernier mourant.

Pareillement nous ne saurions admettre que le dernier mourant des père et mère naturels, ait le droit de nommer un tuteur testamentaire à leur enfant.

Le père ou la mère qui défère la tutelle par testament, usent d'un droit que leur donne la qualité de tuteur légal qui de leur vivant résidait en eux : Et puisque la loi la leur avait donnée, il n'est rien de choquant qu'elle leur permette de transmettre en mourant ce droit à quelque parent ou ami dévoué, sur la tendresse duquel ils savent pouvoir compter comme sur la leur propre.

Les père et mère naturels, au contraire, ne sont pas

(1) Demolombe, t. VIII, n° 384.

tuteurs légaux ; s'ils en exercent la fonction ce n'est pas à un autre titre que l'étranger qui pourrait l'exercer en leur lieu et place, si le conseil de famille avait estimé sauvegarder ainsi l'intérêt de l'enfant : or, cela ne fait pas question que de savoir si le tuteur datif peut ou non donner à son pupille un nouveau tuteur par son testament.

Ce problème est très intimement lié, comme on le voit, à celui que nous avons examiné d'abord : car, selon qu'on reconnaîtra ou refusera aux parents naturels la tutelle légale, il faudra, ce nous semble, en même temps décider que le dernier mourant du père ou de la mère pourra déléguer la tutelle testamentaire ou ne le pourra pas valablement.

Et c'est dans ce dernier sens qu'a décidé un arrêt de la Cour de Nîmes (1) dont l'autorité se trouve encore augmentée par les arrêts tous récents de la Cour de Paris et de la Cour de cassation.

(1) Nîmes, 15 février 1887. S., 1887. 2, 172.

CHAPITRE V

DROIT COMPARÉ

Allemagne. — Angleterre. — Espagne. — Italie.

La notion de puissance paternelle n'est restée ignorée, — que nous sachions, — d'aucune législation.

Tous les pays en reconnaissent le principe fondamental, et le droit naturel dont elle procède n'a été rejeté par aucun.

Les différentes nations d'Europe qui pour nous sont les plus intéressantes parce qu'elles sont les plus voisines et que leur civilisation a évolué de façon à peu près identique à la nôtre, consacrent dans leurs lois des règles presque toutes semblables entre elles s'il s'agit de puissance paternelle sur les enfants légitimes.

En ce qui concerne cette même puissance sur les enfants naturels, aucune, sans doute, ne l'a entièrement méconnue, mais certaine lui a fait une très petite part pour maintenir, autant que possible, à un niveau

très inégal les enfants légitimes et ceux qui ne le sont pas ; d'autres, assez généralement, en y soumettant les enfants aussi étroitement que l'a fait notre Code, en ont plus minutieusement réglementé l'exercice, quant à celui des parents auxquels elle appartient et quant aux droits qui seraient les siens.

Sur l'obligation de pourvoir à l'entretien des enfants naturels, toutes les législations sont d'accord pour y contraindre les parents, bien qu'avec une générosité différente.

A ce point de vue, les tribunaux français, à défaut du Code, et les lois italiennes et espagnoles prononcent de même façon équitable en mettant à la charge des parents une obligation égale.

Aux termes de l'article 186 du Code civil italien de 1865, l'auteur qui a reconnu l'enfant est tenu de l'entretenir, de l'élever, de l'instruire et de lui donner une profession ou un art ; et le Code civil espagnol de 1889 dispose que le devoir d'entretenir et élever ses enfants est le même, qu'ils soient légitimes ou naturels.

Il semble donc que, d'après ces dispositions, l'obligation soit bien partagée par moitié entre le père et la mère naturels.

En Angleterre et en Allemagne, il en est différemment. Disons d'abord, il est vrai, que l'enfant naturel reconnu n'existe pas en Angleterre, où tous les enfants nés hors mariage sont de même condition et tenus pour « *fili nullius* », ceci explique peut-être l'inégalité des charges qui pèsent sur le père et sur la mère.

L'obligation alimentaire du père naturel anglais est

uniformément de 325 francs par an, quels que soient sa richesse ou son dénuement, elle cesse lorsque l'enfant a atteint seize ans.

La mère, au contraire, est tenue de faire le reste. Autant dire que l'enfant est à sa charge entière et qu'elle doit subvenir seule à ses besoins jusqu'à ce qu'il ait seize ans accomplis.

Et il semble, d'ailleurs, que ce soit presque à regret que la loi anglaise ait sanctionné un tel devoir, car nous lisons dans les commentateurs : « La loi a considéré que les liens de la nature ne pouvaient être aussi facilement rompus, et qu'il y avait pour lesdits parents une obligation de pourvoir à la subsistance de leurs enfants (1). »

En Allemagne, au contraire, c'est le père qui est tenu d'abord, et l'article 1705 du Code civil (2) nous dit que le père doit les aliments avant la mère, et qu'il les doit eu égard à la situation de cette dernière (art. 1708); — règle bizarre, au reste, et contraire aux principes, les aliments devant être calculés d'après les ressources de celui qui les fournit en même temps que d'après les besoins de celui qui les reçoit.

En ce qui concerne les droits sur la personne de l'enfant, les différentes législations qui nous occupent ont soigneusement prévenu tout conflit entre le père et la mère en accordant l'exercice de la puissance paternelle à l'un, par préférence à l'autre, lorsque tous deux ont reconnu leur enfant.

(1) *Stephen's Commentaries.*

(2) Code civil allemand entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

En Angleterre, cela fait à peine question, et puisque le père n'existe jamais légalement, c'est la mère qui garde l'enfant.

De même en Allemagne, où la reconnaissance du père n'entraîne pas l'obligation alimentaire ; l'enfant, en entrant dans la famille de sa mère, dont les parents deviennent les siens, demeure exclusivement soumis à sa puissance.

Le Code espagnol consacre la prédominance du père ; c'est lui qui exercera la puissance paternelle avec les droits qui en dérivent : la garde et la correction.

Quant à la loi italienne, elle a disposé sur ce point d'une façon originale.

Elle ne connaît pas de puissance paternelle, mais seulement la tutelle sous laquelle se trouvent placés les enfants naturels dès leur naissance. Et, à cette tutelle, qui est gérée par le père de préférence à la mère, si tous deux ont reconnu l'enfant, elle donne les mêmes attributs qu'à la puissance paternelle (art. 184).

Relativement aux biens de leurs enfants, les législations étrangères sont unanimes pour en refuser aux parents naturels la jouissance ainsi que l'administration.

Ce sera donc un tuteur qui pourvoiera aux intérêts de l'enfant mineur, et si le code civil espagnol donne au juge du domicile du mineur la faculté de confier au père ou à la mère naturels l'administration des biens de leur enfant « à la condition d'en garantir les résultats par une caution », nous ne considérons pas, que ce soit là autre chose qu'une tutelle. A

défaut de cette concession faite au père ou à la mère naturels, il faudra procéder à la nomination d'un véritable tuteur par délibération du conseil de famille.

En droit allemand, de même, le tribunal de tutelle, qui fonctionne comme notre conseil de famille, est toujours appelé à nommer un tuteur à l'enfant reconnu, et d'ailleurs, il peut le faire en la personne de la mère.

Le code civil italien consacre la tutelle légale des parents naturels, celle du père d'abord, celle de la mère à son défaut.

Les lois anglaises sur ce point sont fort incomplètes et le système de la tutelle est assez difficile à en dégager.

Toutefois, nous ne voyons pas pourquoi l'enfant naturel n'aurait pas comme l'enfant légitime qui est resté sans père ni mère, ni tuteur testamentaire, le droit de choisir lui-même son tuteur.

En tous cas, la cour de Chancellerie, agissant au nom du souverain qui est le protecteur né des incapables et des abandonnés, est toujours compétente pour donner un tuteur à l'enfant naturel qui s'en trouverait dépourvu.

Disons enfin, que seule, la loi espagnole permet aux parents naturels de déférer la tutelle testamentaire en même temps que de nommer le subrogé-tuteur et le conseil de famille ; elle fait dériver ce droit, de la puissance paternelle qui appartient toujours aux parents naturels avec prédominance du père, sur l'enfant naturel reconnu.

Les lois allemandes, italiennes et anglaises, au

contraire, dénie un tel droit aux parents, et même, comme le dit expressément le code italien, au cas où ils auraient cependant exercé la tutelle de leur vivant.

D'après ce rapide exposé, il est facile de se rendre compte que les législations étrangères que nous avons examinées, sauf peut-être celle des anglais, ont sur la nôtre le grand avantage d'avoir prévu et régi la puissance paternelle et la tutelle des parents naturels.

Pour les cas infiniment délicats que nous ne pouvons résoudre qu'à l'aide d'une interprétation difficile qui ne garantit pas de l'erreur, les codes de nos voisins contiennent des textes précis qui n'autorisent pas l'arbitraire des juges.

Remarquons cependant, que les questions les plus ardemment discutées chez nous ont été résolues par leurs lois conformément aux doctrines que nous avons généralement admises et la jurisprudence qui fait autorité dans nos cours et dans nos tribunaux ; en sorte que l'usufruit, l'administration et la tutelle se trouvent semblablement traitées par eux et par nous (1).

Mais il est dans ces différentes législations certaines dispositions dont nous ne saurions trop louer la sagesse, en ce qu'elles ont dévolu la puissance paternelle à celui-ci ou à celle-là.

En Angleterre et en Allemagne, à la mère ; au père en Espagne et en Italie : ainsi, elles ont évité le triste conflit, incessant, ou toujours prêt à naître, entre père et mère naturels français.

1) Nous avons vu cependant que le Code italien admettait la tutelle légale.

En résumé, si l'on excepte le système anglais qui semble aussi imparfait et aussi obscure que le nôtre, il faut convenir que les nations étrangères ont sur la France, à ce point de vue du Droit civil, la grande supériorité d'avoir réglé les rapports d'une classe de parents et d'enfants qui prennent de jour en jour une place plus importante dans la Société. Et s'il est vrai que sur les questions dont l'intérêt est le plus considérable, notre pratique et leurs règles viennent souvent à s'accorder, — ce qui d'ailleurs n'exclut pas la possibilité d'une erreur commune, — ces dernières ont du moins le grand mérite de fixer les droits et les devoirs de chacun en les mettant à l'abri des décisions contradictoires.

CHAPITRE VI

Droit international privé.

La territorialité des lois est le système simple et primordial des peuples entre qui les relations sont rares et qui n'ont guère les uns avec les autres que le contact de vainqueur à vaincu.

Mais on fût bientôt forcé par des raisons de nécessité pratique, d'admettre que leur état et leurs rapports de famille devaient toujours dépendre d'une même loi.

La science moderne applique donc à chaque rapport de droit, la loi qui le régit le plus naturellement ; si dans un État, la loi étrangère qu'il faudrait appliquer porte atteinte à l'organisation générale dont l'utilité et l'intérêt lui paraît supérieur, cet état puise dans sa souveraineté territoriale le droit de défendre et d'empêcher l'accomplissement de certains faits qu'il juge incompatibles avec les conditions essentielles de son

existence ; et l'on ne peut nier que, de par cette souveraineté, il n'ait réellement le droit d'interdire qu'une loi étrangère produise sur son territoire un effet contraire aux principes d'ordre public qui y sont en vigueur.

L'opinion la plus généralement reçue en matière de puissance paternelle, est celle de la nationalité de la loi.

En cette matière, dit M. Lainé, « la loi de chaque pays peut être considérée comme la résultante des forces essentiellement nationales. Elle s'est formée sous l'influence du climat, des mœurs, de la religion du pays, eu égard aux qualités physiques, intellectuelles et morales des hommes qui l'habitent depuis longtemps. »

Ces lois doivent donc les suivre en tous lieux, parce qu'elles sont appropriées mieux que toutes autres à leur condition.

L'individu qui se déplace et va se fixer pour un temps à l'étranger, ne dépouille pas le caractère de sa race ; les usages et les lois qu'il rencontrera peuvent n'être pas pour lui les plus convenables, il est donc rationnel d'admettre que l'organisation de sa famille continuera d'être régie par la loi de son pays d'origine auquel il n'a pas cessé d'appartenir malgré une absence plus ou moins prolongée.

La puissance paternelle doit donc dépendre de la loi nationale de la famille.

Il faudra uniquement consulter cette loi, pour savoir si un de ses membres est soumis à la puissance paternelle et à qui appartiendra l'exercice de cette autorité.

Relativement aux droits sur la personne de l'enfant, tout le monde est d'accord pour appliquer la loi personnelle.

Quant à ceux que peut avoir le père ou la mère sur ses biens, la question est très discutée.

Si l'on admet sans peine que l'organisation de la puissance paternelle et ses effets personnels doivent dépendre de la loi nationale de l'enfant parce que ces questions sont trop intimement liées à l'état des personnes pour qu'on puisse les en séparer et les soumettre à la loi territoriale, si même on admet l'application de cette loi tant qu'il ne s'agit que biens mobiliers, dès qu'il s'agit d'un immeuble la controverse s'élève.

Nous ne pouvons entreprendre ici de la discuter en détail ; disons seulement que nous ne voyons guère de raison pour soumettre les effets réels de la puissance paternelle à une autre loi que celle qui régit les droits qu'elle confère sur la personne : les uns et les autres ont le même but qui est de protéger des incapables.

Jusqu'à présent nous avons supposé que tous les membres de la famille étaient de même nationalité ; mais il peut arriver qu'ils en aient une différente.

Dans ces conditions, la loi nationale variera donc, selon qu'on l'envisagera dans la personne de celui qui exercera la puissance paternelle ou dans la personne de celui qui y est soumis.

Ce conflit nous paraît facilement réductible si l'on considère que la puissance paternelle est instituée dans l'intérêt exclusif de l'enfant.

C'est donc à la loi personnelle de ce dernier que nous donnerons la préférence sur celle du père ou de la mère (1).

Conflit de lois.

Quant à l'obligation alimentaire, l'opinion qui nous semble la meilleure admet que les dispositions du Code civil et par conséquent aussi l'interprétation extensive qu'on leur donne, sont d'ordre public international, c'est-à-dire qu'en France, un étranger pourra être poursuivi, non seulement dans la mesure où les Tribunaux français, à défaut de loi, le décident, mais en outre, dans les cas où sa loi personnelle le permet (2).

Un Anglais donc qui, en Angleterre ne sera jamais tenu qu'à une pension alimentaire de 325 fr. par an, se verra en France condamné à beaucoup davantage selon les circonstances, et l'aïeul maternel d'un enfant naturel allemand sera en France, condamné à fournir des aliments, puisque sa loi nationale l'y oblige, et bien que d'après la loi française, un tel aïeul n'existe pas.

La question sera plus délicate, si par exemple, l'enfant est français et l'aïeul maternel, allemand : car en France, l'enfant n'a pas d'aïeul maternel, et en Allemagne, cet aïeul est tenu des aliments.

(1) Laurent : *D. civ. int.*, l. 6, n° 21. Note de M. Renault sous un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1877. S., 1878, 1, 25. Weiss : *Traité de d. int.*, p. 576.

2) Despagnet, n° 408, p. 42. Weiss, p. 496.

Dans ce cas, où la loi est la source de l'obligation alimentaire, et puisque cette loi s'imposerait à un individu qui ne relève pas d'elle, il semble logique de tenir compte de la loi nationale du débiteur (1).

En ce qui concerne la puissance paternelle, et conformément aux principes que nous avons exposés, si l'on suppose un enfant reconnu par ses deux auteurs, le père pourra exercer sur lui la puissance paternelle en Allemagne, et la mère pourra l'exercer en Espagne et en Italie, puisqu'en France ils en sont tous deux indifféremment investis (2).

Mais ceci est un conflit à l'étranger, et le conflit en France nous intéresse davantage.

On fait parfois des difficultés pour appliquer la nationalité de la loi au droit de correction, en alléguant, précisément, qu'il a un caractère d'ordre public, comme toutes les dispositions pénales, et que, par conséquent, il serait possible à un étranger, de faire emprisonner son enfant en France, bien que sa loi nationale ne lui en donne pas le droit.

Cependant il ne nous semble en aucune façon qu'il faille déroger ici au principe de la personnalité des lois.

Le maintien de l'ordre public est bien suffisamment assuré par les lois pénales proprement dites, qui obligent sans conteste les étrangers, mais la mesure correctionnelle qui nous occupe ne saurait être consi-

(1) Weiss, p. 422.

(2) En Allemagne, c'est la mère qui exerce la puissance paternelle; en Espagne, c'est le père; en Italie, il n'y a pas de puissance paternelle sur l'enfant naturel, mais toujours une tutelle bien qu'avec des effets très analogues.

dérée comme prise en vue de la sûreté générale ; bien au contraire, elle n'a été édictée que dans l'intérêt très particulier de l'enfant, dont la loi française a cru devoir réprimer sévèrement l'égarement ; que si une loi étrangère a pensé que la correction était inutile ou même funeste, il n'y a aucune raison pour l'appliquer forcément à ceux qui relèvent d'elle.

Seulement, au cas où le père étranger voudrait, en France, infliger à son enfant une correction que nos lois n'admettent pas, il faudrait faire échec partiel à sa loi nationale, et ne lui reconnaître que le droit de correction autorisé par nos lois.

Relativement à l'usufruit, la question est délicate de savoir si la jouissance légale est, ou non, une question de capacité.

Cependant, nous serions assez partisans de ne pas accorder en France la jouissance des biens d'un enfant naturel à son père ou à sa mère étranger, puisque les raisons qui font qu'on la refuse aux parents naturels sont fondées non seulement sur le silence de la loi, mais encore sur des considérations de morale publique. Et nous déciderions de la même façon, que la loi étrangère accorde ou non, l'usufruit légal aux parents naturels.

Les auteurs qui professent que la jouissance légale appartient aux parents naturels décideront donc, que le père ou la mère à qui leur loi nationale donne le même droit pourront le revendiquer en France, mais nous ne croyons pas, que si une loi étrangère déniaient aux parents naturels le droit d'usufruit légal, ces mêmes auteurs pourraient le leur accorder sur les

biens de leur enfant français, car le conflit entre la loi étrangère des parents et la loi française de l'enfant nous semblerait devoir être tranché en faveur de ce dernier.

Quant à la tutelle dont l'exercice n'intéresse pas l'ordre public, tant qu'elle ne s'applique pas à des français, les parents naturels étrangers auront en France, croyons-nous, la tutelle légale si leur loi nationale la leur concède.

C'est ainsi que le père italien exercera en France la tutelle légale sur son enfant naturel, ou la mère à son défaut, et que le père espagnol pourra administrer, à charge de fournir caution, comme il est dit dans sa loi.

Mais si les parents et l'enfant ne sont pas de même nationalité nous serons plus embarrassés pour nous prononcer.

Nous croyons cependant, qu'il faudra ici appliquer la loi nationale des enfants.

La tutelle est une mesure de protection et de surveillance que les différentes législations ont organisée différemment et de la façon qu'elles ont jugé la mieux appropriée à ceux qui dépendent d'elle. Chaque nation est le seul bon juge, dès qu'il s'agit de la protection de ses mineurs, et puisque c'est dans leur intérêt que la tutelle est instituée, c'est suivant leur loi qu'elle semble devoir être gérée.

De sorte que le père étranger ne pourrait être tuteur légal de son enfant français ; mais aussi bien, puisqu'il est très certain qu'il peut être tuteur en

France, nulle raison, s'il en est digne, n'empêchera le conseil de famille de l'appeler à cette fonction.

En résumé, des principes que nous venons de développer succinctement, il résulte donc que les étrangers, tout comme les nationaux sont admis à l'exercice de la puissance paternelle, dans les conditions prévues par la loi nationale, et que cette loi sera celle de l'enfant en cas de conflit entre ses parents et lui, et qu'enfin, il ne faut faire fléchir la nationalité de la loi que dans les cas où l'ordre public en vigueur l'exigera.

CONCLUSION⁽¹⁾

Ainsi, le Code n'a prévu, ni la puissance paternelle des parents naturels, ni la tutelle à exercer sur leurs enfants.

Il a donc fallu en prenant comme modèle le système établi pour la famille légitime, en étayer péniblement un autre qui fut applicable à la famille naturelle.

Mais la tâche était d'une extrême difficulté.

Car, s'il est vrai qu'en cette matière, l'application des principes pouvait être admise sans peine, puisque découlant du droit naturel, ils sont les mêmes qu'il s'agisse de parents légitimes ou des autres, cette

(1) On relèvera dans cette dernière partie des opinions qui pourront paraître en contradiction avec d'autres, émises au cours de notre travail : mais il n'y a qu'une apparence.

Dans la discussion des diverses questions que nous avons traitées, nous avons adopté les solutions les plus conformes au texte, ou plutôt celles qui ajoutaient le moins à ce texte, ensuite nous avons exposé toutes les raisons, surtout morales qu'on pouvait alléguer pour les justifier et ajouter à leur autorité : C'était un pis aller. Dans cette conclusion nous indiquons quelles dispositions nous paraîtraient devoir être prises à l'égard des parents naturels en vue d'une puissance paternelle que nous voudrions autant que possible très semblable à celle des parents légitimes.

application même, devenait très délicate en ce qu'il fallait tenir compte d'une situation juridique différente.

On ne pouvait étendre aux parents naturels, telle prescription, dont les termes trop précis et exclusifs accusaient visiblement qu'elle n'avait pas été faite pour eux, et cependant, en écartant d'eux la règle, il était à craindre qu'on ne leur fit parfois une condition meilleure et trop indépendante, et parfois aussi une condition injustement déprimée que le seul état de parents naturels n'était pas de nature à justifier.

C'est ainsi que la logique nous a forcé d'admettre un droit de correction plus étendu lorsqu'il s'exerce sur un enfant naturel et une incapacité totale pour ses parents de veiller à ses intérêts ; et ainsi encore, de partager entre eux, une autorité qu'il importerait de ne pas démembrer pour mieux lui conserver son prestige.

Il y aurait donc en cette matière tout à créer pour le législateur et il est à désirer qu'il le fasse pour mettre un terme à cette nécessité où nous sommes d'interpréter sans lumière, et de laisser arbitrer nos tribunaux sur des questions si délicates et dont les données sont tellement variables, que l'erreur et la contradiction sont trop à craindre, qui en rendraient la solution impossible à tout jamais.

• Car dans la plupart des cas, alors que les articles de notre Code ne se réfèrent littéralement qu'aux enfants légitimes, n'est-il pas périlleux d'arguer toujours de l'esprit de la loi, et de la volonté du législateur ?

Et cette volonté que l'on infère de son silence nous semble bien incertaine.

A tout prendre nous ne pouvons guère conclure qu'à une absence de volonté, ce qui est un peu différent quand on s'attache strictement à l'esprit de la loi; et en définitive, peut-être a-t-il commis une pure omission qui rend nécessaire il est vrai une formule spéciale, mais qui ne justifie pas suffisamment les conséquences qu'on en a déduites.

Que le Code civil n'ait pas astreint les parents à l'obligation de nourrir et entretenir leurs enfants naturels, constitue sans doute une lacune; la jurisprudence équitable l'a comblée heureusement; mais à considérer que d'autres nations, non moins éclairées que la nôtre, comme l'Angleterre, font d'un principe de droit naturel aussi bien démontré, une application tellement différente dans la personne de chacun des père et mère, l'on ne peut nier qu'il soit désirable qu'un texte formel vienne consacrer l'égalité de la dette, puisque la raison prononce une égale responsabilité.

Quant aux droits de puissance paternelle sur la personne de l'enfant naturel, nous voudrions qu'ils soient attribués exclusivement à l'un ou l'autre des parents.

L'intérêt de l'enfant, tant au point de vue moral qu'au point de vue matériel, exige impérieusement, ce nous semble, qu'il ne puisse plus être le spectateur des querelles et des haines auxquelles sa venue peut donner lieu.

La première cause de l'irrespect dont un enfant

peut se rendre coupable vis-à-vis de ses parents, est souvent le spectacle que ces derniers lui donnent, de leur désunion et de leur mésestime réciproque ; en l'instituant comme leur juge, ils lui font perdre l'affection qui ne peut reposer que sur le respect ; et pour avoir jeté sitôt des cendres en un coin de son âme, ils l'empêcheront de se développer toute entière, sainement, telle qu'elle aurait dû.

Comme une arme, tour à tour, aux mains de chacun, perdue et ressaisie, l'enfant dont la tendresse mise en lambeaux ne saura plus où se poser, verra en lui se dessécher la sève d'amour dont il aurait eu besoin pour son accomplissement moral.

Le juge qui donne la garde à celui-ci ou à celle-là, peut agir le mieux du monde, mais quand il est saisi, il est toujours trop tard pour que le mal ne soit pas fait.

Nous voudrions que l'on donne au père naturel la même puissance qu'au père légitime sur son enfant, exclusive et sans contrôle (1), et il n'est pas de raison, ce nous semble, de soupçonner d'avance que le premier en fera moins bon usage que le second.

Le hasard qui fait naître tels enfants comme naturels, et tels autres comme légitimes, ne choisit pas les pères, tous bons pour ceux-ci et tous mauvais pour ceux-là, la paternité toute seule est suffisante pour qu'on leur fasse crédit à l'égard de leurs enfants, d'amour et de sagesse.

(1) Nous disons le père plutôt que la mère dans un but d'unité pour faciliter l'application des principes et rapprocher le plus possible ces deux puissances l'une de l'autre.

Et si l'on élève un doute quant au père naturel dont l'acte de procréation a une valeur intrinsèque un peu moindre que s'il était légitime, ne peut-on pas dire, que, par la reconnaissance qu'il a faite de son enfant, il a augmenté sa paternité naturelle d'une paternité élective? Il a fait après l'acte ce que le père légitime avait fait avant, et cela ne paraît pas d'une grande différence si l'on n'envisage que les conséquences qui découlent du droit naturel.

Le père exercerait donc son autorité sous la seule sanction de la déchéance, s'il venait à l'encourir.

Mais par contre, il ne semble pas utile qu'il en ait une plus grande : c'est pourquoi, à notre avis, il faudrait modifier son droit de correction, car nous ne croyons pas que l'enfant naturel doive être plus enclin qu'un autre à l'irrévérence et à l'égarement, si dès le très jeune âge le père n'a pas péché par faiblesse ou par négligence.

Il serait très logique et très juste que l'enfant naturel, pas plus que l'enfant légitime, ne puisse jamais être détenu autrement que par voie de réquisition s'il a des biens ou s'il exerce un état; sa situation personnelle mérite à cet égard, pour le moins la même protection, puisque, plus qu'un autre, il peut avoir besoin de subvenir à sa vie par son propre effort.

Enfin, nous souhaiterions que des dispositions analogues à celles des articles 380 et 381 viennent dans certains cas modifier légèrement l'étendue de la correction, que nous sommes contraints dans l'état actuel de reconnaître aux parents naturels.

La haine, que souvent la seconde épouse ressent

pour l'enfant de la première, motive assurément la précaution du législateur, qui, se méfiant de l'influence qu'elle pourra exercer sur son mari, ne permet à celui-ci que l'usage de la correction par voie de réquisition.

Mais ne faut-il pas prévoir aussi la haine encore plus probable de l'épouse pour l'enfant de la maîtresse ?

Les raisons dans les deux cas sont identiques, et l'homme étant sous le même empire est sujet à la même faiblesse.

L'intérêt de l'enfant, l'intérêt même du père dont l'autorité pour rester moralement forte, doit être juste, n'exigeraient-ils pas que la loi ait pour l'enfant illégitime la même sollicitude et la même prévoyance.

Enfin, il n'est aucune raison, pensons-nous, d'investir la mère naturelle d'un droit de correction plus grand que celui dont dispose la mère légitime.

La faiblesse du sexe qui a fait se déterminer le législateur ne varie pas de l'une à l'autre, et le contrôle — qui nous semble d'ailleurs peu important — de deux proches parents du père, pourrait aisément se remplacer par celui de deux personnes ayant eu avec lui des relations d'amitié.

Quant aux droits sur les biens de l'enfant, il nous semble très juste de ne l'accorder point aux parents naturels.

On peut considérer que le législateur veut en faire un moyen d'encourager le mariage et de récompenser ceux qui s'y sont engagés. Cet usufruit ne dérive en aucune façon du droit naturel, de plus nous voyons un

motif puissant de le refuser aux parents illégitimes dans la crainte des reconnaissances mensongères ou intéressées.

Mais nous ne pensons pas de même en ce qui concerne l'administration et la tutelle.

En effet, l'enfant, que son père et sa mère ont reconnu, n'est pas dans une situation de fait très différente de celle de l'enfant légitime. Il faut bien convenir que le tempérament apporté à l'administration du père légitime par la seule présence de la mère, est purement un leurre ; d'ailleurs, ce prétendu contrôle n'existe plus quand les époux sont divorcés, et le père n'en continue pas moins à administrer.

Au surplus, le père naturel n'est-il pas en somme le meilleur administrateur, celui qui sera le plus dévoué et le plus scrupuleux, car c'est, encore ici, la tendresse instinctive qui dérive de la procréation, dont nous faisons notre principal argument.

Quelle garantie plus certaine aura-t-on acquise à dépouiller le père pour lui faire donner une nouvelle investiture comme tuteur, par un conseil de famille composé presque toujours d'indifférents ?

Aussi bien, — et c'est le cas le plus fréquent — il peut s'agir non de la gérance d'un patrimoine, mais de l'exercice d'une action ; et en admettant qu'il faille s'entourer de tant de sûretés contre le père administrateur, quel tort pourrait-il ici causer à son enfant ?

Le vrai tort n'est-il pas bien plutôt de mettre un obstacle à sa diligence et de compromettre ainsi le succès final d'un procès qui peut demander une rapide intervention ?

Que si, parce que l'enfant n'a plus qu'un de ses parents, ou n'a été reconnu que par l'un d'eux, il y a lieu à tutelle, nous dirons de même, pour donner aux parents naturels une tutelle légale.

Car nous le répétons, *a priori*, le père ou la mère nous paraissent toujours les mieux indiqués, et il importe, pensons-nous, qu'ils puissent conserver sur leur enfant tous les éléments d'influence.

Le soupçon que l'on prête au législateur à l'égard des parents naturels ne nous semble nullement prouvé, ou du moins d'une faiblesse extrême.

En tous cas nous ne voyons aucune nécessité pratique de les soumettre, comme il est actuellement reçu, à l'examen d'un conseil de famille composé presque toujours d'étrangers ; et, si l'on nommait à l'enfant un autre tuteur pris dans le sein de ce même conseil, quelle garantie plus grande offrirait-il ?

Sauf l'usufruit légal, nous voudrions que les règles de la puissance paternelle et de la tutelle soient les mêmes pour les parents naturels et pour les autres, car la première, ce n'est pas la loi qui l'a créée, et la seconde n'en est qu'une extension rendue nécessaire par l'état de société.

Si cette société, pour fortifier une institution sur laquelle elle repose, peut favoriser certains et non d'autres, dans l'ordre civil, son œuvre ne peut être que mauvaise et se retourner contre elle-même, si elle enlève la protection des enfants qui naissent dans son sein, à ceux qui, les ayant engendrés ont le droit de les former selon leur tendresse et de pourvoir eux-

mêmes à leur bien-être et à leur destinée, et qui sont les mieux préparés à l'accomplissement d'une tâche qu'ils tiennent de Dieu par l'affinité mystérieuse qui émane de leur paternité.

Vu, le Doyen

GLASSON.

Vu, le Président de la thèse.

ANDRÉ WEISS.

Vu et permis d'imprimer, le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	5
CHAPITRE I ^{er} .	
De la puissance paternelle sur les enfants nés hors mariage en droit romain	9
CHAPITRE II.	
De la puissance paternelle sur les enfants nés hors mariage dans l'an- cien droit	21
CHAPITRE III.	
Introduction	31
§ I. Devoir d'entretenir et d'élever les enfants naturels	32
§ II. Éducation	37
Droit de garde	39
Droit de correction	47
Domicile	61
§ III. Usufruit	62
§ IV. Autorisation à mariage	69
§ V. Autorisation de se donner en adoption, et consentement à l'exer- cice sur l'enfant d'une tutelle officieuse	71
§ VI. Émancipation	72
CHAPITRE IV.	
§ I. Administration	77
§ II. Tutelle	83
Les parents naturels tuteurs datifs	90
Du droit du père de donner à la mère un conseil de tutelle	93
Délation de la tutelle par le dernier mourant	94
CHAPITRE V.	
Droit comparé (Allemagne, Angleterre, Espagne, Italie)	97
CHAPITRE VI.	
Droit international privé	105
Conflits de lois	108
CONCLUSION	113

